



Roj: **STSJ PV 3002/2015 - ECLI: ES:TSJPV:2015:3002**

Id Cendoj: **48020340012015101647**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **15/09/2015**

Nº de Recurso: **1441/2015**

Nº de Resolución: **1571/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 1441/2015

N.I.G. P.V. 20.05.4-14/004346

N.I.G. CGPJ 20.053.44.2-0140/004346

SENTENCIA Nº: 1571/2015

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 15 de septiembre de 2015.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos/as. Sres/as. D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, Presidente en funciones, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y D^a ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por AYUNTAMIENTO DE PASAIA - PASAIAKO UDALA contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 5 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 30 de marzo de 2015, dictada en proceso sobre despido (DSP), y entablado por Ignacio frente **al citado recurrente, FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, PASAIA U.T.E. y SERBITZU ELKARTEA S.L.** .

Es Ponente la Iltrma. Sra. Magistrada Dña. ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO. - El demandante venía prestando servicios para la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS MEDIO MABIENTE SA y FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS desde el día 23/06/2006, inicialmente hasta el 03/09/2006 y a partir del 07/09/2006 con PASAIA UTE hasta el 01/12/2006 y a partir del 05/12/2009 que suscribió un último contrato de trabajo o servicio determinado para prestar servicios como peón en la limpieza viaria de Pasaia.

Estos servicios los prestaba el demandante con la categoría profesional de peón de limpieza, y con un salario a los efectos de este procedimiento de despido de 1.796,96€ mes con la inclusión de la prorrata de pagas extras.



A la relación laboral que el demandante que mantenía el demandante con la UTE PASAIA le era de aplicación el Convenio Colectivo del sector de limpieza pública viaria, riegos, recogida y tratamiento y eliminación de residuos y limpieza y conservación de alcantarillado.

SEGUNDO. - El 24/10/2014 UTE PASAIA remite al demandante comunicación en la que le indica al demandante que el próximo día 31 de octubre de 2014 el servicio de limpieza viaria del municipio de Pasaia, adjudicado a esa empresa iba a ser rescatado y prestado directamente por el Ayuntamiento de Pasaia. En dicha comunicación se hacía referencia a que el art. 49 del Convenio General del sector de limpieza pública viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos y limpieza y conservación de alcantarillado establece la subrogación empresarial del personal en todos los supuestos de finalización, pérdida, rescisión, cesión o rescate de una contrata, así como respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga la sustitución ente entidades, personas físicas o jurídicas que lleven a cabo la actividad de que se trate, los trabajadores de la empresa saliente pasarán a adscribirse a la nueva empresa o entidad pública que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones que disfruten en la empresa sustituida, y que por todo ello, en consecuencia el 31 de octubre de 2014 procederán a darle de baja en la empresa.

TERCERO. - El día 30/10/2014 PASAIA UTE cesó al demandante en su empresa. El primer día laboral tras el cese, el día 03/11/2014 el demandante acude a las dependencias del Ayuntamiento de Pasaia, concretamente a las instalaciones del servicio de limpieza viaria para trabajar, recibiendo como respuesta por parte de los responsables, un negativa a proporcionarle trabajo. Ante este hecho, el demandante formuló escrito de 03/11/2014 dirigido a la Alcaldía de Pasaia, solicitando que, por aplicación del art. 49 del Convenio, se le permitiera continuar desempeñando su trabajo.

Sin que se contestase por el Ayuntamiento a la cuestión planteada, este consideró que su cese el día 31/10/2014 debería ser calificado como constitutivo de despido improcedente, por lo que el 10/11/2014 formuló reclamación previa ante el Ayuntamiento de Pasaia y demanda de conciliación frente a PASAIA UTE, Unión Temporal de Empresa compuesta por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS Y SERBITZU EL KARTEA SL.

CUARTO. - El demandante no ostenta la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

QUINTO. - Se ha acreditado la celebración del intento de conciliación administrativo previo, así como la interposición de la reclamación previa en vía administrativa.

SEXTO. - El demandante interpone la presente demanda de despido, la cual dirige frente al AYUNTAMIENTO DE PASAIA, y frente a la UTE PASAIA, compuesta por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS Y SERBITZU EL KARTEA SL. En el suplico de la demanda se solicitaba que se declarase que el cese de 31/10/2014 del demandante se estableciese que era un despido improcedente, y con carácter principal se condenase al Ayuntamiento de PASAIA a readmitirle o a indemnizarle y de firma subsidiaria se condenase en los mismos términos a PASAIA UTE.

SÉPTIMO. - Tras la extinción de los contratos de trabajo del demandante y de otros trabajadores que prestaban los servicios para la UTE PASAIA, de los 18 empleados que prestaban servicios para la UTE 12 continúan contratados para el Ayuntamiento de Pasaia. El listado definitivo de contratación de personal para el Ayuntamiento de Pasaia, entre los que figuran empleados que prestaban servicios antes en la UTE, consta como documento 42 del ramo de prueba de UTE PASAIA.

Consta en autos la transmisión de diferentes elementos de la UTE PASAIA al Ayuntamiento de Pasaia consistente en diferentes equipos de trabajo, demás enseres y vehículos, así como justificante del primer pago del Ayuntamiento a la UTE, tal y como se recoge en los documentos 42 a 56 del ramo de prueba de la demandada UTE PASAIA."

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

"Que debo estimar la demanda promovida por Ignacio frente al AYUNTAMIENTO DE PASAIA, y declarando su despido como improcedente, condeno a la demandada a que opte en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia entre la readmisión del demandante o el abono de la indemnización de 19.584,02 €, con pago, en el caso de que opte por la readmisión, de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la notificación de la sentencia.

Se absuelve a PASAIA UTE (FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS SA, SERBITZU ELKARTEA SL) de las pretensiones frente a ella deducidas."

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



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión sobre la que debemos pronunciarnos en el presente recurso de suplicación interpuesto por el Ayuntamiento de Pasaia, versa sobre la existencia de sucesión empresarial entre la citada entidad y la UTE Pasaia para la que prestaba servicios el demandante desde el 23 de junio de 2006 como peón en la limpieza viaria de la localidad, y hasta el 31 de octubre de 2014, fecha en la que el servicio fue asumido por el Ayuntamiento.

La decisión que hemos de adoptar se produce en un contexto, de acuerdo con los hechos probados de la sentencia, en el que destaca que de los dieciocho empleados de la UTE, doce continúan contratados por el Ayuntamiento prestando el mismo servicio de limpieza, habiendo transmitido la UTE al Ayuntamiento diferentes elementos (equipos de trabajo, vehículos, enseres..) mediando precio.

El Juzgado concluye apreciando la existencia de sucesión ex art.44 ET al asumir el Ayuntamiento una parte muy importante de la plantilla de la UTE, sin que empañe este dato el que la de plantilla que se haya realizado vía concurso-oposición, al par que se han transmitido desde la UTE elementos materiales necesarios para la realización del servicio como los vehículos, los carritos y escobas de barrendero y restante material, todo lo cual determina que se califique el despido como improcedente, condenando al Ayuntamiento de Pasaia a hacer frente a las consecuencias del mismo.

Han presentado escritos impugnando el recurso la parte actora y la UTE Pasaia, compuesta por las mercantiles Fomento de Construcciones y Contratas SA y Serbitzu Elkartea SL.

SEGUNDO.- Los dos primeros motivos, amparados en la letra b) del art.193 LRJS , pretenden la revisión del hecho probado séptimo junto con la introducción de un nuevo ordinal que sería el octavo.

Constante doctrina de la Sala Cuarta contenida, en sentencias de 18 de febrero de 2014, recurso 108/2013 , 14 mayo de 2013, rec. 285/2011 , y 17 de enero de 2011, rec. 75/2010 , recuerda que la revisión de los hechos declarados probados exige la concurrencia de los siguientes requisitos: 1º) Que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis; 2º) Que se citen concretamente la prueba documental o pericial que, por sí solas, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara; 3º) Que se precisen los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento; y 4º) Que tal variación tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia.

En este sentido, el art. 196.3 LRJS dispone que los documentos que pretendan tener efectos revisorios deben señalarse de "manera suficiente para que sean identificados" , de modo que se ha de citar la concreta documental, de la que se ha de desprender de forma clara, patente y directa, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas, la variación que se pretende, tendente a corregir el error judicial cometido, y trascendente para el fallo.

Los dos motivos tendentes a la reforma fáctica incumplen uno de los requisitos consistente en la concreción de la documental de la que se extraiga la redacción ofrecida; así la modificación del ordinal séptimo con la redacción alternativa que ofrece (a través de la cual persigue que conste que el Ayuntamiento pasó a prestar el servicio directamente con recursos humanos propios, que las funciones de encargado y administrativo de la UTE las asumieron funcionarios que ya prestaban servicios para la entidad y además se convocó un procedimiento de selección, y que existió una reversión de diferentes elementos de la UTE Pasaia, elementos que no son necesarios para el servicio), está huérfana de apoyo en documental alguna que demuestre de modo directo y fehaciente el error del Juzgador al redactar el ordinal en cuestión, y desde luego que permita extraer la redacción alternativa que propone que, por lo demás, resulta preconfiguradora del sentido del fallo.

Respecto a la petición de la inclusión "con carácter subsidiario" de un nuevo hecho probado, el octavo, en el que se haga constar que el Ayuntamiento en el juicio oral efectuó la opción indemnizatoria, remitiéndose al DVD de la grabación del juicio no ha lugar a su admisión dado que como tal no realizó la opción a favor de la indemnización, tal y como hizo constar el Magistrado en la providencia de 20 de mayo de 2015 (folio 1155 de las actuaciones).

TERCERO.- En sede de censura jurídica, el último motivo impugnatorio denuncia la infracción del art.44 ET por incorrecta aplicación, así como la sentencia del Tribunal de la Unión Europea asunto 463/2009, que responde a la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Castilla La Mancha acerca de la aplicación de la directiva 2001/23/CE a un supuesto en el que un Ayuntamiento da por terminada una contrata de limpieza, asumiendo el servicio con su propio personal no obstante contratar nuevos trabajadores, rechazándose la aplicación de la directiva y con ello, la obligación de subrogar al personal.



El motivo destaca las diferencias que existen entre el supuesto enjuiciado y el resuelto por la Sala en la sentencia de 28 de junio de 2011, rec.1459/2011, conforme a una lectura legítima pero claramente no objetiva de lo sucedido y, sobre todo, en una interpretación ajena al sustrato fáctico con que contamos, que ha sido el valorado por el Juzgado y que ha quedado inalterado al decaer la revisión de hechos probados interesada por la entidad recurrente.

Así resulta esencial considerar dos datos: a) tras la extinción del contrato del actor y de los otros trabajadores que prestaban servicios para la UTE Pasaia en el servicio de limpieza viaria de la localidad (un total de dieciocho empleados), doce continúan realizando el servicio por cuenta del Ayuntamiento de Pasaia, y b) la UTE Pasaia ha transmitido diferentes elementos materiales al Ayuntamiento como vehículos, carritos de limpieza, escobas, etc., mediando precio (nada desdeñable pues ronda los 150.000 euros).

La Sala Cuarta en sentencia de 24 de julio de 2013, rcud 3228/2013, que, a su vez, condensa el criterio del Alto Tribunal referido a la aplicación del art. 44 ET a la luz de las Directivas europeas en esta materia - Directiva 77/187 CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativa 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 también de la doctrina comunitaria, sostiene que para apreciar sucesión empresarial el objeto de la transmisión ha de ser un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persiga un objetivo propio, resaltando que ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación.

Afirma que para que opere la subrogación en virtud del art. 44 ET, es preciso que se haya producido una transmisión de activos patrimoniales o una "sucesión de plantillas", en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra - STS de 27 de octubre de 2004, recurso 899/00, resolución que recoge la doctrina comunitaria contenida en sentencia de 10 de diciembre de 1998, C-173/96 y C-247/96, Sánchez Hidalgo y otros el TJCE entendió que era aplicable la Directiva 77/187/CEE a un supuesto en que un Ayuntamiento adjudicó el servicio de ayuda a domicilio, en régimen de concesión a una determinada empresa y, tras finalizar la concesión, se lo adjudica a una nueva, que contrató a todos los trabajadores que venían prestando servicios para la anterior, argumentando que "en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos (los precisos para llevar a cabo la actividad económica) se reducen a menudo, a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra de modo que un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción".

Consiguientemente para que en la reversión de un servicio público desde la empresa concesionaria (en este caso la UTE) a la entidad pública (el Ayuntamiento de Pasaia), que decide seguir prestando el servicio, se aprecie sucesión empresarial, ha de existir una transmisión de elementos significativos precisos para la prestación del servicio, que en este caso viene dado por la asunción de plantilla por el Ayuntamiento (doce de los dieciocho trabajadores que estaban en el servicio, doce de los quince empleados que el Ayuntamiento destina a la ejecución del mismo), y también por el traspaso al ente local de los elementos materiales necesarios para el desarrollo de la labor.

Sobre estos datos descansa la sucesión empresarial ex art.44 ET que el Juzgado aprecia, conclusión jurídica con la que mostramos nuestra conformidad sin que comporte obstáculo a la misma el hecho de que el Ayuntamiento mantenga con esos doce empleados de la UTE un vínculo funcional al nombrarles tras la superación de las pruebas, funcionarios interinos, y no un nexo laboral.

El Ayuntamiento, dada la transmisión de medios materiales, tenía obligación de asumir a los empleados de la contrata, y de facto lo debió entender así, o cuando menos consideró o le interesó que esos empleados continuaran el servicio, desde el momento en que la convocatoria de puestos para la limpieza viaria que publicó ya establecía una preferencia para los trabajadores de la UTE Pasaia que convertía en muy difícil el acceso a esas plazas para los restantes candidatos desde el momento en que valoraba de forma muy importante la experiencia obtenida en los puestos ofertados, de manera que de las quince plazas que convocó, doce fueron a parar a ex empleados de la UTE (ignorándose si los otros seis se presentaron).

En suma, el Ayuntamiento no puede eludir la sucesión empresarial que existe ex art.44 ET esgrimiendo como argumento la vinculación funcional y no laboral, y la superación de las pruebas por los trabajadores que lo fueron de la UTE, cuando la realidad es que ha existido asunción de plantilla en número más que considerable (provocada por los meritos establecidos por el propio Ayuntamiento para acceder a los puestos), y transmisión de los elementos precisos para la ejecución del servicio.



Cuanto antecede conduce a desestimar el recurso de suplicación del Ayuntamiento de Pasaia, confirmando la sentencia recurrida en sus propios y atinados fundamentos.

CUARTO.- La desestimación del recurso de suplicación conlleva la condena en costas a la entidad recurrente que no goza del beneficio de justicia gratuita (art.235 LRJS en relación con el art. 2 de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita), incluyendo los honorarios de los letrados de las partes que han impugnado el recurso de suplicación en cuantía de 500 euros para cada uno de ellos.

FALLAMOS

Se **desestima** el recurso de suplicación interpuesto por AYUNTAMIENTO DE PASAIA- PASAIAKO UDALA contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de San Sebastián dictada el 30-3-15 , en los autos nº 886/14, seguidos por Ignacio contra el citado recurrente, FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, PASAIA U.T.E. y SERBITZU ELKARTEA S.L. Se confirma la sentencia. Se imponen las costas al Ayuntamiento de Pasaia, incluidos los honorarios de los letrados de las partes impugnantes del recurso ¿actora y UTE Pasaia- que se fijan en 500 euros para cada uno de ellos.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Iltrmo/a. Sr/ a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar** , al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000- 66-1441-15.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1441-15.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.