



Roj: **STSJ CL 4185/2015 - ECLI:ES:TSJCL:2015:4185**

Id Cendoj: **47186340012015101457**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **23/09/2015**

Nº de Recurso: **1275/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JOSE MANUEL RIESCO IGLESIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 01512/2015

-

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983413204-208

Fax: 983.25.42.04

NIG: 24089 44 4 2014 0000461

402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001275 /2015

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000146 /2014

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña AYUNTAMIENTO DE SAN ANDRES DEL RABANEDO AYUNTAMIENTO DE SAN ANDRES DEL RABANEDO

ABOGADO/A: JUAN CARLOS FERNANDEZ MARTINEZ

PROCURADOR: CONSTANCIO BURGOS HERVAS

RECURRIDO/S D/ña: GESTION Y EXPLOTACION INTEGRAL S.L., Everardo , Fausto , BERCAR 6693 S.L.

ABOGADO/A: MARIA ISABEL VALBUENA CUERVO, LUIS FONSECA-HERRERO GONZALEZ , ELICIO DIAZ GOMEZ ,

PROCURADOR: EMILIA CAMINO GARRACHON, JORGE RODRIGUEZ-MONSALVE GARRIGOS , ,

Il'tmos. Sres.:

D. Emilio Alvarez Anllo

Presidente de la Sección

D. José Manuel Riesco Iglesias

D. *Rafael A. López Parada* /

En Valladolid a Veintitrés de Septiembre de dos mil quince.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados, ha dictado la siguiente



SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 1275/2015, interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE SAN ANDRES DEL RABANEDO contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de León, de fecha 22 de Enero de 2015, (Autos núm. 146/2014), dictada a virtud de demanda promovida por D. Everardo contra la mercantil GESTION Y EXPLOTACION INTEGRAL S.L., el AYUNTAMIENTO DE SAN ANDRES DEL RABANEDO, D. Fausto y la mercantil BERCAR 6693 S.L., sobre DESPIDO.

Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. DON José Manuel Riesco Iglesias.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10-02-2014 se presentó en el Juzgado de lo Social núm.2 de León demanda formulada por la parte actora, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó Sentencia en los términos que consta en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados figuran los siguientes:

"**PRIMERO.-** La parte actora, Don Justiniano , ha venido prestando servicios para la empresa demandada Gestión y Explotación Integral S.L (en adelante Gexín), en el centro de Trabajo del Camino (San Andrés del Rabanedo), ;con carácter indefinido, antigüedad de 9 de octubre de 2006, categoría profesional de portero y salario bruto de 1.172,36 €/mes, incluida la parte proporcional de las pagas extras y con sujeción al Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

SEGUNDO.- Los servicios laborales se venían prestando en el centro de trabajo sito en Trabajo del Camino, complejo de ocio y deportivo en cuyas instalaciones se realizaban actividades recreativas lúdicas y de ocio, tales como gimnasio, piscina, spa, restaurante y cafetería.

TERCERO.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo aprobó en sesión de 27 de junio de 2005 los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato denominado «de explotación de las piscinas municipales del Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo y de la construcción y explotación de nuevas instalaciones deportivas y de ocio anejas a éstas».

El contrato fue adjudicado a la empresa Gestión y Explotación Integral S.L., firmándose el contrato administrativo el 31 de octubre de 2005.

El plazo de ejecución material del contrato era de quince años a contar desde la firma del contrato, prorrogable hasta un máximo de 20 años.

CUARTO.- El precitado contrato comprendía por parte de Gestión y Explotación Integral S.L., el mantenimiento integral de todas las instalaciones existentes y las que se construyan, la gestión de la utilización por los usuarios mediante el cobro de las tasas en cada momento vigentes, los servicios de portería, guardarropa, vigilancia y control en el acceso a los edificios, socorrismo y servicios sanitarios básicos y organización de actividades deportivas acordes con la naturaleza de las instalaciones.

QUINTO.- Con motivo de los impagos por parte del Ayuntamiento demandado, se procedió a incoar expediente de modificación sustancial del contrato de "Explotación de las piscinas municipales del Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo y de la construcción y explotación de nuevas instalaciones deportivas y de ocio anejas a éstas", a la vista del resultado de explotación de las instalaciones puesto de manifiesto en anteriores ejercicios por parte de la empresa y la situación económica municipal, habiendo celebrado un previo Preacuerdo de modificación suscrito entre la empresa y el Sr. Alcalde en fecha 21 de diciembre de 2012, previo informe jurídico del Departamento de contratación municipal de fecha 14 de febrero de 2013 (folio 292).

El anterior Preacuerdo no fue aprobado por el Pleno, decidiéndose por la Junta de Gobierno Local la realización de una auditoria a los efectos de rescatar el servicio. Tras la realización de la auditoria, el Ayuntamiento siguió acumulando impagos a Gaxín.

SEXTO.- Por escrito de 2 de agosto de 2013, Gexin comunica a la Junta de Gobierno Local la suspensión del contrato con efectos del día 8 de septiembre y por escrito de 14 de agosto de 2013 le comunica que ha iniciado un Expediente de Regulación de Empleo para la suspensión de 17 contratos de trabajo

SÉPTIMO.- En fecha 19 de septiembre de 2013, el Ayuntamiento requiere a Gexin para que reinicie de forma inmediata la prestación integral del servicio en los términos contratados, alegando, entre otras cuestiones que "el contrato administrativo en su día suscrito y la normativa que le resulta aplicable por razón de calificación y fecha, no permiten la posibilidad de suspensión del contrato por impago de su precio durante varios meses en



los términos que señala el artículo 99.5 TRLCAP, por tratarse de un contrato mixto en el que una parte esencial de la prestación se refiere a un servicio público municipal de carácter básico.."

OCTAVO.- El 2 de octubre de 2013 fue suscrito un documento entre el Ayuntamiento y Gexín, denominado «Acuerdo entre el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo y Gestión y Explotación Integral S.L. para la reapertura del Centro de Ocio de Trobajo del Camino», que no fue sometido al Pleno y en la reunión convocada al efecto no se advirtió de que cualquier cuestión se tenía que acordar en el mismo. En dicho Acuerdo, se hizo constar lo siguiente:

"1.El Ayuntamiento de San Andrés se compromete a realizar un estudio para la subrogación de los trabajadores adscritos al servicio, siempre de conformidad con los pliegos y legislación laboral vigente.

2. Compromiso por parte del Ayuntamiento de San Andrés de aprobación de todas las facturas presentadas y pendientes de presentar por Gexín S.L., antes del 31/12/13, de acuerdo a la estipulación legal del contrato,

3. El Ayuntamiento de San Andrés se compromete a rescatar el servicio, estableciendo como plazo límite para este rescate el 31/12/2013.

4. Compromiso por ambas partes de fijar una cantidad de mutuo acuerdo, que se correspondiera con el importe a abonar por el Ayuntamiento de San Andrés a Gexin, S.L., con motivo del rescate del servicio.

5. La empresa se comprometerá a entregar el día 01/01/14 las instalaciones para que se comiencen a funcionar bajo la dirección municipal. De manera previa y en los días anteriores se realizará un inventario con el funcionario competente que será verificado por ambas partes, levantando un acta que ponga de manifiesto el estado en el que se encuentran las instalaciones.

6. Inmediatamente después de aprobado el rescate del servicio por el pleno y una vez aprobado el estado de las instalaciones y el correspondiente inventario se procederá a la devolución inmediata del aval que da cobertura al contrato.

Ambas partes acuerdan que la mensualidad de septiembre no se cobre a los abonados, asimismo en el caso de los abonados anuales y resto de servicios pagados por adelantado se retrasará un mes su vencimiento,

8. El Ayuntamiento de San Andrés se compromete a abonar a la firma de este acuerdo las mensualidades correspondientes a los meses de junio, julio y agosto de 2013, El resto de cantidades pendientes se compromete a abonarlas en el plazo de 15 días desde la firma de este acuerdo.

9. La empresa se compromete a abrir las instalaciones en el plazo de 48 a 72 horas desde el abono, o desde la justificación fehaciente de ese abono, de las facturas correspondientes a las mensualidades de junio, julio y agosto de 2013.

10. El Ayuntamiento de San Andrés se compromete a no iniciar ningún expediente sancionador y por lo tanto a no aplicar ninguna sanción, multa o penalización con motivo de la suspensión del contrato realizada por Gexín S.L".

NOVENO.- Gexín notificó a los distintos proveedores que a partir del 1 de enero de 2014 el nuevo titular del servicio sería el Ayuntamiento.

DECIMO.- En fecha 18 de noviembre de 2013, por el Ayuntamiento se requirió a Gexín a fin de que en el plazo de cinco días comunicara si era su intención o no proceder a la resolución por mutuo acuerdo del contrato suscrito.

En fecha 20 de diciembre de 2013 la empresa presentó escrito en el que comunicó al Ayuntamiento que se iba a los términos que constan en la resolución de 2 de octubre de 2013 y que dará por resuelto el contrato el día 31 de diciembre de 2013.

DÉCIMO PRIMERO.- Con fecha 12 de diciembre de 2013 la empresa Gexín comunicó por escrito al actor su baja en la empresa con efectos desde el día 31 de diciembre de 2013, con el siguiente tenor: "como ya le consta, tras la tramitación del Expediente de Regulación Temporal de Empleo nº NUM000 , justificado en la situación económica negativa derivada del incumplimiento absoluto de las obligaciones de pago por el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo, que dio lugar a la suspensión del contrato el 08/09/2013, fue suscrito con fecha 02/10/2013 un acuerdo que puso fin a la suspensión y, entre otras medidas, el Ayuntamiento (adquirió el compromiso de rescatar el servicio, estableciendo como plazo límite el 131/12/2013; así mismo, esta empresa se comprometió a la entrega de todas las instalaciones el día 01/01/2014, para que comiencen a funcionar bajo la dirección municipal.

A la fecha de este escrito esta empresa desconoce en qué forma va a llevar a cabo el Ayuntamiento de San Andrés el rescate del contrato de explotación de las instalaciones, así como si va a asumir la gestión directa



de la explotación o va a proceder a una nueva licitación. No obstante, en aras de preservar los derechos de los trabajadores adscritos al centro de trabajo, le informamos que remitiremos al Ayuntamiento de San Andrés comunicación con la puesta a disposición de la información relativa al personal afecto al servicio, a los efectos legales establecidos en el art. 44 del ET, en el art. 25 del II Convenio Colectivo estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios, y en el Capítulo X del IV Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería".

DÉCIMO SEGUNDO.- Posteriormente se celebró una reunión a la que no compareció el Alcalde y en la que el Concejal de Deportes se comprometió a ofrecer en un par de días una propuesta, la cual no fue efectuada.

DÉCIMO TERCERO.- Gexín procedió a entregar la documentación necesaria para la gestión directa del servicio por la administración, entregando las instalaciones el día 31 de diciembre de 2013, a presencia de Notario, el cual comprobó el inventario realizado, certificando la realidad del mismo y el estado de las instalaciones (folios 569 y ss).

DÉCIMO CUARTO.- El día 2 de enero de 2014 se procedió al precinto de las instalaciones deportivas por Orden de la Alcaldía. Ese mismo día Gexín remite comunicación al Ayuntamiento para que se lleve a cabo el cambio de titularidad de [os contratos suscritos con las empresas suministradoras de electricidad, gas, telefonía y seguridad.

DÉCIMO QUINTO.- El 30 de enero de 2014 se aprueba por el Pleno de la Corporación el Acuerdo por el cual se dispone la intervención del contrato de explotación de las piscinas municipales del Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo y explotación de las instalaciones deportivas y de ocio anejas a éstas, donde se recoge expresamente que «El Ayuntamiento explotará directamente el servicio, utilizando para ello el personal y material de Gestión y Explotación Integral S.L. En su defecto utilizará otro a su costa" (art. 36 segundo B) a).

fecha 17 de febrero de 2014 se dirige oficio a la Inspección de Trabajo solicitando lean datos de alta la totalidad de la plantilla de la empresa Gexín emitiéndose informe de la Inspección Provincial en fecha 21 de febrero de 2014 en el que manifiesta la imposibilidad de tramitar el alta de oficio en la Seguridad Social de los trabajadores por haber causado baja todos ellos en fecha 31 de diciembre de 2013, a través de una decisión unilateral de la empresa de extinguir los contratos de trabajo y al no existir reanudación de la actividad no es posible el alta en la Seguridad Social.

DÉCIMO SEXTO.- El día 8 de julio de 2014 se abren las piscinas del complejo de pan Andrés del Rabanedo hasta el día 7 de septiembre de 2014 y; el 9 de julio de 2014 se abrió el complejo de las piscinas de Trobajo del Camino y que siguen operativas en la actualidad, regidas por empresas contratadas por el Ayuntamiento, como son Inca Inserción y Capacitación Social S.L., Fausto y Becar 6693 S.L., además de personal municipal.

Becar 6693 S.L., tiene un objeto social consistente en la gestión de explotación de establecimientos de hostelería, explotación directa de establecimientos de hostelería (cafeterías, bares, pubs, restaurantes, etc.), y la fabricación, distribución y venta de toda clase de productos de hostelería (folio 892). La empresa tomó posesión anticipada del arrendamiento de las instalaciones de las piscinas municipales por el inminente inicio de la temporada estival, a principios del mes de julio del corriente, y ; permanece en la misma situación de precario hasta que se produzca una nueva adjudicación del expediente de cesión de uso de las instalaciones (folio 883).

-En fecha 24 de julio de 2014 se adjudicó al codemandado Don Fausto el contrato de servicios con vigencia hasta el día 31 de agosto de 2014, por dos socorristas permanentes, utilizando para ello cuatro empleados a turnos por no disponer el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo de personal que pueda llevar a cabo los trabajos de socorrista para la piscina de San Andrés al tratarse de trabajos con titulaciones específicas que no pueden llevarse a cabo por el personal municipal existente en la plantilla (folios 908 y ss).

DÉCIMO SÉPTIMO.- La parte actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

DÉCIMO OCTAVO.- Se celebró el acto de conciliación, resultando «sin avenencia e intentado sin efecto, respecto de las demandadas no comparecientes".

TERCERO.- Interpuesto recurso de Suplicación contra dicha sentencia por el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo (parte codemandada), si fue impugnado por la mercantil codemandada Gestión y Explotación Integral S.L., y la parte actora D. Everardo , y elevados los Autos a esta Sala, se designó Ponente acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Con amparo procesal en la letra b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social el Letrado del Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo interesa de la Sala en el primero de los motivos del recurso la revisión del hecho probado **primero**, con el fin de sustituir el salario bruto del actor que en el mismo figura (1.172,36 €/mes) por el de 1.139,56 €/mes.

Esta rectificación del salario mensual la apoya el recurrente en el folio 593, que recoge la nómina del mes de noviembre de 2013, anterior a la fecha de comunicación del cese al trabajador. Se opone el Letrado del trabajador recurrido alegando que constituye una cuestión nueva no planteada en la instancia, en la que no se discutió formalmente el salario regulador de las consecuencias económicas del despido.

En el acto del juicio el Ayuntamiento ahora recurrente no hizo objeción alguna a la cuantía salarial propugnada en la demanda, por lo que pudiera considerarse que este debate se suscita extemporáneamente en suplicación. Pero dado que la Magistrada de instancia, según revela en el fundamento de derecho primero, toma como salario regulador el que figura en la nómina correspondiente al mes anterior a la fecha de despido, esto es, el mismo documento en que el Ayuntamiento apoya la modificación fáctica, la discusión deviene de índole jurídica en torno al cómputo o no como salario del plus de transporte abonado al trabajador, de manera que en el ámbito fáctico, que es el relevante en este motivo de recurso, valdrá con reseñar que el salario del trabajador sin dicho plus de transporte es de 1.139,56 € y con plus de transporte de 1.172,36 €, dejando la cuestión de fondo sobre su cómputo como salario a efectos indemnizatorios para su resolución en el correspondiente motivo de fondo jurídico.

SEGUNDO.- Con el mismo amparo procesal de la letra b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social el recurrente pide a la Sala la adición de un **nuevo hecho probado**, inmediatamente a continuación del actual octavo de la sentencia impugnada, con el siguiente tenor:

"Trasladado el citado acuerdo de 2 de octubre de 2013 al departamento de contratación del Ayto. de San Andrés del Rabanedo, por éste se pone en conocimiento de la Alcaldía que el mismo no se ajusta a la intención inicialmente planteada por la Corporación, ya que no fue la de proceder al rescate del servicio sino la de resolver el contrato por mutuo acuerdo de ambas partes, reconociendo a la empresa las inversiones no amortizadas hasta la fecha de su término para proceder a una nueva licitación de la gestión del servicio.

Planteamiento que es trasladado a la empresa Gexin con requerimiento para que manifieste si es de su interés y concrete la cantidad pendiente de amortizar, y ello al objeto de que pueda ser sometido el expediente a la consideración del pleno ordinario del Ayuntamiento del día 31 de octubre de 2013.

Esta resolución es notificada por correo electrónico al representante legal de Gexin el día 20 de octubre de 2013 y personalmente a la citada mercantil en fecha 22 de octubre de 2013, así como reiterado en posteriores ocasiones, concretamente en fechas 11 de diciembre y 18 de diciembre de 2013."

Este nuevo hecho probado lo apoya el Ayuntamiento recurrente en varios documentos obrantes en las actuaciones, consistentes en un informe elaborado por un Técnico de Contratación y en comunicaciones dirigidas a la empresa codemandada Gexin.

Se oponen los recurridos a esta ampliación del relato fáctico aduciendo que el recurrente pretende convertir en hecho probado una comunicación interna del mismo, que contiene su propia visión e interpretación de la problemática planteada.

Los documentos citados por el recurrente en apoyo de la modificación existen en las actuaciones y de ellos resulta tanto la realidad del informe negativo del Servicio de Contratación como las comunicaciones intercambiadas con Gexin, de las cuales también nos da noticia la Magistrada en el hecho probado décimo (en este sentido el texto propuesto por el recurrente no constituye una verdadera novedad). Por ello, los datos referidos por el Letrado del Ayuntamiento demandado pueden tenerse por acreditados, sin perjuicio de su relevancia para el resultado del recurso.

TERCERO.- El recurrente utiliza la misma cobertura procesal para proponer a la Sala en un nuevo apartado del escrito de interposición el siguiente texto nuevo para el hecho probado **decimotercero**:

"En fecha 31 de diciembre de 2013, Gexin procedió a depositar, a través del Sr. Notario de la plaza de San Andrés y mediante personación en las dependencias del Ayuntamiento, las llaves de dependencias municipales, en concreto del Centro de Ocio de Trabajo del Camino y de la Piscina Municipal de San Andrés; llaves que son recogidas por el servicio de Policía Local. Así mismo, se presenta inventario, así como diversas licencias y permisos del Centro de Ocio de Trabajo del Camino y de la Piscina de San Andrés, cesando en ese momento en la gestión del servicio que le había sido adjudicado."

El recurrente cita el documento que figura al folio 312 en el que se recoge un télex del Oficial 3842 de la Policía Local dirigido al Jefe de ésta haciéndole saber la personación en sus dependencias de un Notario de



la Plaza de San Andrés el día 31 de diciembre de 2013, el cual había entregado varias llaves correspondientes a instalaciones del Ayuntamiento; cita, además, los documentos referidos por la Juzgadora de instancia en la actual redacción del hecho probado controvertido. La documentación invocada por el recurrente no evidencia error valorativo alguno por parte de la Magistrada de León, siendo, además, irrelevante la modificación ya que no ha resultado controvertida la entrega de las llaves de las instalaciones y la presentación de un inventario de las mismas junto con diversa documentación, todo ello por la intermediación de un Notario. Verdaderamente, la propia cita por el recurrente de los documentos mencionados en la vigente redacción del ordinal decimotercero evidencia que lo que sostiene aquél es una interpretación distinta de la documentación ya valorada por la Juzgadora de instancia.

Por todo ello, esta revisión fáctica no es aceptada por la Sala.

CUARTO.- La última modificación del relato de hechos probados propuesta por el recurrente afecta al ordinal **decimoquinto** para el que propone la siguiente redacción:

"El 30 de enero de 2014 se aprueba por el Pleno de la Corporación el Acuerdo por el cual no se acepta la resolución unilateral del contrato de explotación de las piscinas municipales del Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo y de la construcción y explotación de nuevas instalaciones deportivas y de ocio anejas a éstas, adoptada por la empresa Gestión y Explotación Integral, S.L. y se dispone la intervención del citado contrato, donde se recoge expresamente que 'El Ayuntamiento explotará directamente el servicio, utilizando para ello el personal y material de Gestión y Explotación Integral, S.L. En su defecto utilizará otro a su costa; se designa a un interventor que sustituye parcialmente al personal directivo de la empresa; el Ayuntamiento explotará el servicio por cuenta y riesgo de Gestión y Explotación Integral, S.L., a quien se devolverá al término de la intervención el saldo que resulte y por un plazo máximo de duración de la intervención de un año, plazo que se computará a partir de la vigencia de dicha intervención, producida transcurrido el plazo de diez días naturales que le fue otorgado para cesar en el incumplimiento grave que supone la paralización de la gestión, explotación y mantenimiento de las instalaciones objeto de contrato'. Esta resolución o Acuerdo es notificado a Gexin en fecha 4 de febrero de 2014.

En fecha 17 de febrero de 2014 se dirige oficio a la Inspección de Trabajo solicitando sean dados de alta la totalidad de la plantilla de la empresa Gexin, emitiéndose informe de la Inspección Provincial en fecha 21 de febrero de 2014 en el que se manifiesta la imposibilidad de tramitar el alta de oficio en la Seguridad Social de los trabajadores por haber causado baja todos ellos en fecha 31 de diciembre de 2013, a través de una decisión unilateral de la empresa de extinguir los contratos de trabajo y al no existir reanudación de la actividad no es posible el alta en la Seguridad Social."

Los recurridos, la empresa Gexin y el trabajador demandante, se oponen a esta nueva redacción del ordinal decimoquinto alegando que la misma no hace más que reflejar la interpretación interesada de los hechos por parte del Ayuntamiento recurrente obviando lo que la Magistrada de instancia consideró acreditado.

De los documentos citados por el recurrente resulta lo que éste afirma y en este sentido puede tenerse por probado lo por él relatado, si bien teniendo en cuenta que, en todo caso, la mención del acuerdo del Pleno de la Corporación de 30 de enero de 2014 -incorporado a los autos- nos permite analizar en su integridad el mismo, sin atenernos necesariamente a la interpretación y valoración que de su contenido hace el recurrente.

QUINTO.- El quinto de los motivos del escrito de interposición lo ampara el recurrente en la letra c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y tiene como objeto denunciar la infracción legal por violación del artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, en conexión con el artículo 26 del mismo cuerpo legal y artículo 32, último párrafo, del Convenio Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios. Aduce el recurrente que el plus de transporte, que la Juzgadora incluye dentro del concepto de salario, no tiene tal naturaleza sino que constituye una compensación por gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral, por lo que en la sentencia impugnada se aplica incorrectamente el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores al calcular la indemnización por despido, pues el módulo salarial regulador no puede ser el fijado en la misma sino el señalado en el primer motivo de revisión fáctica.

Los recurridos, por su parte, en la impugnación de este motivo se remiten a lo argumentado respecto a la consideración de la cuantificación del salario como cuestión nueva planteada en el recurso. Pero ya dijimos que, en realidad, la controversia sobre el plus de transporte percibido por el trabajador demandante es de naturaleza jurídica y teniendo en cuenta que la Magistrada en el fundamento de derecho primero se refiere expresamente al salario regulador de las consecuencias económicas del despido extrayéndolo de la nómina correspondiente anterior al mismo, es posible analizar en el fondo esta cuestión.

El concepto de salario viene definido en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores como *la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de*



remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo , excluyendo de tal concepto a las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despido .

Esta definición genérica no especifica qué haya de entenderse por "gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral" por el trabajador, cuya indemnización por el empresario queda excluida del concepto de salario. En sentido estricto la actividad laboral no incluye el desplazamiento al centro de trabajo, puesto que, salvo en el caso de trabajos móviles o itinerantes, donde no existe un centro de trabajo fijo (artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores), la actividad laboral se inicia y termina en el puesto de trabajo (artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores). La exclusión del concepto de salario debiera por ello quedar limitada a aquellos gastos que tiene el trabajador como consecuencia directa de la actividad laboral realizada en el desempeño de su trabajo, por la aportación por el mismo de elementos productivos o realización de gastos necesarios para el desempeño de la misma, como puede ser el desgaste de maquinaria o herramientas propias del trabajador, la aportación de elementos consumibles, gastos de desplazamiento durante la jornada, etc. Tales gastos deben ser obligatoriamente indemnizados por el empresario, al constituir aportaciones del trabajador cuyo coste no debe repercutir sobre la cuantía salarial, que debe percibirse neta de dichos gastos.

Si el plus de transporte estaba excluido de su consideración como salarial era por una determinación normativa expresa en la Orden de 29 de noviembre de 1973 y, una vez derogada la misma, por aplicación analógica de la normativa de Seguridad Social. Si la exclusión de la naturaleza salarial venía determinada por dicha aplicación analógica de la normativa de Seguridad Social en relación con su cotización, los cambios de dicha normativa tienen una repercusión directa sobre la calificación de la naturaleza jurídico-laboral de dicho concepto.

Así se ha recogido por esta Sala en diversas ocasiones, al calificar como salariales aquellas cantidades abonadas al trabajador en concepto de plus de transporte por encima del 20% del IPREM mensual y extrasalariales las abonadas por debajo de dicho límite, todo ello ya bajo la legislación de Seguridad Social vigente después de 1997 (sentencias como las de 29 de julio de 2011, recurso 1286/2011 ; 14 de septiembre de 2011, recurso 1150/2011 ; o 25 de julio de 2012, recurso 1023/2012).

Siguiendo ese criterio, hay que considerar que la entrada en vigor de la disposición final tercera del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre , que modificó el artículo 109.2.a de la Ley General de la Seguridad Social , y del Real Decreto 637/2014, de 25 de julio (que modificó el artículo 23 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre), que han convertido en plenamente cotizable dicho plus en el ámbito de la Seguridad Social, se proyecta igualmente sobre el ámbito laboral y determina su calificación como salarial desde el 22 de diciembre de 2013 (disposición final décima del Real Decreto-ley 16/2013), siendo por ello aplicable a todo el periodo temporal aquí analizado.

SEXTO.- En el último de los motivos incluidos en el escrito de interposición, con el mismo amparo que el precedente, el Letrado del Ayuntamiento recurrente, denuncia la infracción legal, por aplicación indebida, del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , del artículo 25 del Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios , así como la interpretación errónea de la doctrina jurisprudencial de los actos propios, "*venire contra factum proprium*" , sentada, entre otras, por sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 5 de noviembre de 2013 . Argumenta el Letrado recurrente, en primer lugar, que no existe la vinculación por los actos propios a la que se refiere la sentencia de instancia porque con el Acuerdo de 2 de octubre de 2013 no se genera una expectativa de derechos de asunción del servicio que perdura en el tiempo, sino que únicamente se produce una declaración de intenciones, condicionada a su aprobación por el Pleno, como no podía ser de otra forma puesto que el Alcalde no era competente para la resolución del contrato con Gexin. En segundo lugar, alega el recurrente que no nos encontramos ante un rescate sino que se trata de una intervención o secuestro temporal del servicio, no habiéndose producido, en consecuencia, la sucesión empresarial ex artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores al faltar los elementos objetivo y subjetivo exigidos para ello y, en definitiva, la transmisión de la titularidad de la empresa. Por último, alega el Letrado que el Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas no resulta de aplicación a su representado atendiendo a lo dispuesto en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores , que establece 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.

Se opone a estos argumentos la Letrada la empresa Gexin sosteniendo, por su parte, la mala fe del Ayuntamiento recurrente y reprochándole haber puesto a su patrocinada en una situación irresoluble, ya que si no cumple con lo pactado en el Acuerdo de 2 de octubre de 2013 se le podría acusar de incumplimiento y al cumplirlo se le acusa de resolución unilateral del contrato. Afirma, asimismo, que se ha producido la sucesión



de empresa del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores porque el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento por el que se decidió la intervención del servicio estableció una duración máxima de la misma de un año, plazo excedido actualmente, continuando aquél con la explotación directa de las instalaciones, asumiendo por completo el servicio, rescatándolo por la vía de hecho, si bien negándose a asumir las consecuencias pertinentes respecto de los trabajadores. Por último, está de acuerdo con el recurrente respecto a la inaplicabilidad al caso del Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas, si bien menciona el Pliego Administrativo del que deduce que el Ayuntamiento expresamente reconoce la existencia de subrogación de los trabajadores afectos al servicio.

Finalmente, el Letrado del actor aduce que la sucesión de empresa se ha dado no solo por la transmisión de las instalaciones que ha tenido lugar sino también por la propia voluntad de la corporación municipal de la cual ha tratado de desdecirse en la presente litis.

Como hemos dicho en la sentencia recaída en el recurso 1.277/15 seguido ante esta misma Sala, para analizar este motivo, que en resumen se reduce a determinar la existencia de la sucesión de empresa, hemos de partir de que, efectivamente, no son las disposiciones del Convenio Colectivos citado por las partes las que pudieran determinar la asunción de la plantilla por parte del Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo, sino en todo caso las contenidas en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, así como las de la Directiva 2001/23/CE que dicho artículo incorpora al ordenamiento jurídico español.

Hemos de partir de que la indicada Directiva es aplicable al caso, a pesar de tratarse de un servicio público, puesto que se trata de una actividad económica, aun cuando sea desarrollada por la Administración, dado que así ha de calificarse la gestión y explotación de unas piscinas y centros deportivos (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de septiembre de 2011 en el asunto C 108/10 (Ivana Scattolon vs. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca). Aun cuando no fuese de aplicación la Directiva por sí sola, hay que tener en cuenta que la legislación española aplica la normativa sobre sucesión de empresas incorporada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores a todos los contratados laborales de las Administraciones, independientemente de la naturaleza del servicio al que estén adscritos.

Sentado lo anterior, el elemento determinante para aplicar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no es el título jurídico por el cual el Ayuntamiento haya asumido el servicio público, esto es, resulta irrelevante que se trate de la municipalización de un servicio anteriormente privado, del rescate de un servicio externalizado o de una intervención temporal del mismo. En este sentido hay que manifestar que es totalmente innecesario que el órgano judicial social entre a determinar tal calificación o se pronuncie sobre la legalidad de la actuación administrativa o de la empresa concesionaria. Se trata de aspectos propios de la jurisdicción contencioso-administrativa que el órgano judicial social podría verse obligado a resolver a título prejudicial, pero solamente si ello fuese necesario para pronunciarse sobre la controversia laboral que es de su competencia. Pero en este caso tal necesidad no existe y por tanto no es preciso hacer pronunciamiento alguno sobre la legalidad de la actuación de Gexin y del Ayuntamiento. Los eventuales litigios entre ambos habrán de ser resueltos en vía contencioso-administrativa. Lo relevante es si se produjo el supuesto de hecho determinante de la aplicación de la normativa sobre sucesión de empresas, esto es, si hubo una transmisión de una unidad productiva entre ambas partes. Si tal transmisión existió se producirá sucesión de empresas y el Ayuntamiento pasó a ser empleador de los trabajadores adscritos al servicio, independientemente de las responsabilidades que pueda exigir a Gexin si se entendiese que esta concesionaria incumplió sus obligaciones como tal.

El criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión a los efectos de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es si la entidad productiva de que se trata mantiene su identidad tras el cambio de titular, lo que resulta, en particular, de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986, Spijkers y de 11 de marzo de 1997, Süzen). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de septiembre de 1995, Rygaard). Así, el concepto de entidad hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Süzen, antes citada). Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de 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 que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los 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 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, antes citadas, Spijkers y Süzen). Es preciso valorar el conjunto de los elementos transmitidos, sumando los elementos materiales, los personales y los de naturaleza inmaterial, para determinar si existe una unidad económica con cierta autonomía y que mantiene su identidad tras la transmisión. Este es el criterio de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 29 de julio de 2010 en el asunto C-151/09 (caso Ayuntamiento de La Línea de la Concepción).

Pues bien, en este caso el conjunto de elementos cuya posesión tenía Gexin hasta el 31 de diciembre de 2013 estaba formado por un conjunto de instalaciones deportivas y piscinas, en las cuales prestaban servicios los trabajadores. El día 31 de diciembre de 2013 Gexin pierde la posesión de tales instalaciones, que entrega al Ayuntamiento recurrente. Y éste, aun considerando ilícita la actuación de Gexin, no solamente no rechazó tal entrega, sino que asumió expresamente la gestión de tales piscinas e instalaciones, aún con voluntad de que dicha gestión fuese temporal e incluso materializó tal asunción mediante un acto administrativo *ad hoc*. Esas instalaciones constituyen una unidad productiva autónoma, que venía siendo gestionada como tal, de manera que concurre la transmisión de la posesión material de la unidad productiva que determina la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y la existencia de sucesión de empresas. Con motivo de la asunción de las instalaciones y servicios por parte del Ayuntamiento se produjo la transmisión de las relaciones laborales de los trabajadores adscritos a las mismas.

Frente a ello no puede oponerse el tiempo transcurrido entre el día en que Gexin hace entrega de las instalaciones y pierde la posesión de las mismas y el día en que el Ayuntamiento formalizó por acuerdo del Pleno su asunción del servicio para su explotación directa (el 30 de enero de 2014, conforme al ordinal décimo quinto de los hechos probados), puesto que el escaso tiempo transcurrido no hizo desaparecer la identidad de la unidad productiva, sin que tampoco pueda decirse que los contratos laborales de los trabajadores hubieran sido extinguidos por Gexin, dado que lo que consta en hechos probados es que dicha empresa comunicó a los trabajadores que desde el día 31 de diciembre dejaba de asumir la gestión del servicio y éste sería asumido por el Ayuntamiento, invocando expresamente la sucesión de empresas, por lo que no hubo manifestación alguna de voluntad extintiva de los contratos, sino todo lo contrario. La negativa a la continuidad de la relación laboral, determinante de la extinción aquí enjuiciada, habrá de imputarse a quien se hizo cargo de la unidad productiva, que no es sino el Ayuntamiento recurrente. Esa voluntad extintiva, vulneradora del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, es la que aquí se enjuicia como un despido, el cual ha de calificarse de improcedente ante la falta de amparo legal del mismo en alguna de las causas extintivas lícitas del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores. Debiendo insistirse una vez más que dicha consecuencia laboral no prejuzga la legalidad o no de la conducta de la concesionaria ni la de la Administración, cuestión ajena a este orden jurisdiccional y que no se proyecta sobre la existencia de la sucesión de empresas, la cual existe al concurrir el supuesto fáctico determinante de la misma, como es el cambio de titularidad de la unidad productiva.

Por lo expuesto, y

EN NO MBRE DEL REY

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la indicada representación letrada del **AYUNTAMIENTO DE SAN ANDRÉS DEL RABANEDO** contra la sentencia de 22 de enero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 2 de León en los autos número 146/14, seguidos sobre **DESPIDO** a instancia de **DON Everardo** contra el mencionado recurrente y contra las empresas **GESTIÓN Y EXPLOTACIÓN INTEGRAL, S.L.**, **BERCAR 6693, S.L.** y Fausto, **confirmando íntegramente** la misma.

Acordamos la pérdida de los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir y condenamos a la recurrente a abonar a cada uno de los Letrados de los recurridos la cantidad de 400 € en concepto de honorarios.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

SE ADVIERTE QUE:

Contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de esta notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.



Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de **600,00 euros** en la cuenta núm. 2031 0000 66 1275-2015 abierta a **no** mbre de la Sección 2ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Santander, acreditando el ingreso.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 221 en relación con el 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Firme que sea esta sentencia, devuélvanse los autos junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ