



Roj: **STSJ PV 3510/2015 - ECLI:ES:TSJPV:2015:3510**

Id Cendoj: **48020340012015101972**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **20/10/2015**

Nº de Recurso: **1792/2015**

Nº de Resolución: **1973/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación **1792/2015**

N.I.G. P.V. 48.04.4-14/009968

N.I.G. CGPJ 48.020.44.4-2014/0009968

SENTENCIA Nº: 1973/2015

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 20 de octubre de 2015.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. D^a. GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y D^a. ELENA LUMBRERAS LACARRA, 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 AZATRES S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 10 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 15 de mayo de 2015, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Carlos Jesús frente a **AYUNTAMIENTO DE BARACALDO, AZATRES S.L., FOGASA y INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES DE BARACALDO**.

Es Ponente la Iltma. Sra. Magistrada Dña. GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, 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 D. Carlos Jesús, ha venido prestando servicios para la empresa AZATRES S.L. con categoría profesional de camarero jefe de sector, antigüedad del 1-12-04 y salario mensual de 1.441,65 euros con inclusión de parte proporcional de pagas extra y jornada a tiempo parcial del 50,20 %.

SEGUNDO.- Trabajador y empresa suscribieron contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo con fecha 1-12-2004. Este fue convertido en indefinido con fecha 4-1-04 y en fecha 3-9-12, fue novado en un contrato a tiempo parcial de 880 horas anuales, sobre las 1.750 horas del Convenio Colectivo.

TERCERO.- El demandante ha venido prestando servicios en la cafetería del Polideportivo de Lasasarre de Barakaldo, dependiente del INSTITUTO MUNICIPAL DE BARAKALDO quien a su vez depende del AYUNTAMIENTO DE BARAKALDO.



CUARTO.- El día 19-9-14 el demandante recibió comunicación de AZATRES S.L.con el siguiente contenido:

<<Muy señor mio:

Cumplo en dirigirme a Ud., en su condición de trabajador de AZATRES, SL afecto al Servicio de Cafetería-Restaurante-Hostelería del Polideportivo de Lasasarre en Barakaldea, dependiente del Instituto Municipal de Deportes de Barakaldo, con el objeto de comunicarle las siguientes circunstancias:

Por Acuerdo del Consejo de dirección del IMD de Barakaldo de 26 de agosto pasado, el Contrato de Gestión del Servicio de Cafetería-Restaurante-Hostelería del Polideportivo de Lasasarre del que era adjudicataria AZATRES, SL, ha sido declarado RESUELTO.

Independientemente de los recursos que pudiera tener o ejercer AZATRES)SL contra dicha decisión, le cierto es que la Resolución es ejecutiva y, con fecha 19 de septiembre de 2014 se ha levantado Acta con presencia de representantes de AZATRES, SL y del IMD de Barakaldo, por la que se ha procedido por parte de la primera a hacer entrega del servicio y de la gestión del mismo a la Administración concedente, levantándose inventario de instalaciones y bienes existentes.

Lo expuesto lleva que, a los fines del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , y con el objeto de que sus derechos laborales.no se vean perjudicados por la resolución del contrato, se presentará ante el Registro del IMD de Barakaldo un escrito acompañando copia de esta comunicación y la relación de trabajadores afectados.

Le comunicamos por lo expuesto anteriormente, que con esta misma fecha,. 19 de Septiembre de 2014 se le dará de baja en la empresa AZATRES SL.. Junto con su nómina del mes de Septiembre se procederá a ingresar el importe que por liquidación le corresponda, Oportunamente se comunicarán sus datos al IMD de Barakaldo, a efectos del Art. 44 del Estatuto de los Trabajadores .

Atentamente,>>

QUINTO.- Con fecha julio 2002 por el Ayuntamiento de Barakaldo sacó a concurso tramitado para la adjudicación, por procedimiento abierto, la concesión de la gestión del servicio de bar-cafetería-restaurante en el polideportivo Lasasarre del INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES DE BARAKALDO. Se da por reproducido el pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas que rigieron el (documento único del ramo de prueba del AYUNTAMIENTO DE BARAKALDO y del INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES DE BARAKALDO). En la cláusula 9 apartado j) se recoge que es obligación del concesionario "mantener, con respecto a la plantilla laboral que contrate, una situación jurídica-laboral regularizada u ajustada al derecho laboral vigente y que en ningún caso generará vinculación laboral con el IMD de Barakaldo".

En fecha 28-11-02 la empresa AZATRES S.L. y el INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES DE BARAKALDO suscribieron contrato administrativo para la gestión del servicio de bar-cafetería-restaurante en el polideportivo Lasasarre en Barakaldo. El contrato se da por reproducido al obrar en prueba documental (documento nº 3 del ramo de la demandada AZATRES S.L.).

SEXTO.- - El Consejo de Dirección del Instituto Municipal del Deporte de Barakaldo, en sesión celebrada el día 26 de agosto de 2014 adoptó el acuerdo de resolver el contrato administrativo de "concesión de la gestión del servicio de bar-cafetería-restaurante en el polideportivo Lasasarre del IMD Barakaldo" por incumplimiento del contratista al amparo de la letra del art. 111 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio , h) aquellas que se establezcan expresamente en el contrato en relación al incumplimiento de la explotación del servicio. Se da por reproducido el acuerdo al obrar en prueba documental (documento nº 4 del ramo de prueba de la demandada AZATRES S.L.).

SEPTIMO.- Con fecha 22 de septiembre de 2014 la empresa AZATRES S.L. remitió comunicación al INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES DE BARAKALDO informándole de la baja de los trabajadores con efectos el 19/09/14, con el fin de que procediera a cursar alta sucesiva de los mismos en atención a lo que dispone la normativa laboral sobre subrogación de empresa contenida, especialmente, en el art. 44 del ET . La comunicación se da por reproducida al obrar en prueba documental (documento nº 5 del ramo de prueba de la demandada AZATRES S.L.).

OCTAVO.- Con fecha 24 de septiembre de 2014 se levantó acta de recepción por la Administración INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES DE BARAKALDO de los bienes que en su día fueron entregados al adjudicatario AZATRES S.L., como otros que se reflejan en el listado (documento nº 6 del ramo de prueba de la demandada AZATRES S.L.).

NOVENO.- A la relación laboral le es de aplicación el Convenio Colectivo del Sector de la Hostelería de Bizkaia.



DECIMO.- El demandante no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de miembro del comité de empresa ni de delegado sindical.

UNDECIMO.- Se ha celebrado la conciliación previa

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

Que acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva de INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES DE BARAKALDO y AYUNTAMIENTO DE BARAKALDO y ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda de despido interpuesta por D. Carlos Jesús frente a AZATRES S.L., INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES DE BARAKALDO y AYUNTAMIENTO DE BARAKALDO y Fogasa, debo declarar y declaro la improcedencia de la decisión empresarial de extinción de la relación laboral con efectos al 3/02/2014 acordada por AZATRES S.L., y en su consecuencia debo condenar y condeno a la empresa AZATRES S.L., a que en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión del trabajador o el abono de la indemnización de 19.634,09 euros, y, en caso de optar la mercantil por la readmisión, a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 19-9-14, hasta la notificación de esta sentencia a razón de 47,40 euros/ día absolviendo al IMD Y Ayuntamiento de las pretensiones vertidas en su contra.

Por último procede absolver al FOGASA sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria en fase de ejecución de sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La instancia ha estimado la demanda que D. Carlos Jesús dirigió frente a la empresa AZATRES, S.L., el INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES DE BARAKALDO, el AYUNTAMIENTO DE BARAKALDO y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, acogiendo la falta de legitimación pasiva del INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES DE BARAKALDO y del AYUNTAMIENTO DE BARAKALDO, declarando improcedente el despido del actor, condenando en las consecuencias legales de esta declaración a la mercantil AZATRES, S.L., sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA.

Frente a esta Sentencia se alza en suplicación la empresa AZATRES, S.L., dirigiendo frente a la Sentencia censura exclusivamente jurídica, con base en el cauce previsto en el artículo 193-c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

El artículo 193-c) de la LRJS recoge, como un motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, "*examinar las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia* ", debiendo entenderse el término "norma" en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen en autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y, naturalmente, los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las "normas sustantivas", en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 LRJS , lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcarse también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo contrariado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, cuyo objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

SEGUNDO .- Con amparo en el precitado artículo 193-c) LRJS , se impugna la Sentencia de instancia, alegando la infracción de lo previsto en el artículo 44 ET, en relación con el Anexo III del Convenio Colectivo de Hostelería de Bizkaia y los artículos 154 y siguientes y concordantes del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y la jurisprudencia en materia de transmisión de empresa y su relación con los contratos administrativos.

Cuestión idéntica a la que ahora nos ocupa ha sido resuelta por esta Sala en relación al despido de otro trabajador. En efecto, recientemente, el 15 de septiembre de 2015 hemos dictado Sentencia en el Recurso 1350/15 , en el que se planteaba, como decimos, la misma problemática, relativa a cuál sea la entidad que ha de asumir la responsabilidad derivada de la declaración de improcedencia del despido, calificación que no se ha discutido en el recurso. Es de hacerse notar que en esta Sentencia hemos resuelto el recurso de suplicación



interpuesto frente a la Sentencia de 23 de marzo de 2015 del Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao ¿ autos nº 986/14 -, cuya argumentación sigue en parte la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao que ahora se recurre.

Por su claridad y exhaustividad procedemos a transcribir la fundamentación jurídica de la dicha Sentencia, en razonamientos que también ahora hacemos nuestros en su integridad. Se argumentó así en aquella ocasión: "(¿) PRIMERO.- *La única cuestión que plantea el recurso de suplicación que ha interpuesto la empresa Azatres S.L. contra la sentencia que le condena a hacer frente a las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido del trabajador demandante, es qué entidad debe asumir la responsabilidad consiguiente a tal calificación - que no se discute ¿, en cuanto que para la mercantil vencida en la instancia, en contra de*

lo apreciado por la juez "a quo", el 19 de septiembre de 2014 se produjo una sucesión de empresa, en los términos previstos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , lo que acarrea que sea el Instituto Municipal de Deportes de Barakaldo quien deba soportar en exclusiva la condena, pues estando obligado a subrogarse en la relación laboral del actor a partir de la fecha señalada, después de haber resuelto el contrato administrativo para la gestión del servicio de bar- cafetería-restaurante del Polideportivo Lasesarre suscrito el 28 de noviembre de 2002, no lo hizo.

El Letrado de la mercantil funda su pretensión revisora del fallo de instancia en la consideración de que la naturaleza del contrato que unía a su patrocinada con el Instituto codemandado era la propia de un contrato de gestión de servicios públicos, al que se refería el artículo 154 y siguientes del derogado Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio , por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aplicable por razones cronológicas ¿ lo que resulta pacífico y hace innecesarias mayores disquisiciones al respecto -, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 de esa misma norma , la finalización de la contrata determinó la reversión de los servicios al Instituto, lo que constituye una auténtica sucesión empresarial, independientemente de la causa por la que el citado Organismo resolvió el contrato y de su decisión de no proseguir con la prestación del servicio. Puntualiza, además, que el supuesto enjuiciado difiere sustancialmente de los resueltos en las sentencias a los que se acoge la impugnada, referidas a contratos de servicios y no a contratos de gestión de servicio público en los que concurren las circunstancias presentes en el que es objeto de estudio.

SEGUNDO.- En respuesta a la argumentación que acabamos de resumir cabe señalar que el simple hecho de que una vez finalizado el plazo estipulado en el contrato, el servicio objeto de concesión revierta a la Administración, como establecía el artículo 164 del Real Decreto Legislativo 2/2000 , y que tal previsión se entienda extensible a supuestos, como el de autos, de resolución del contrato por incumplimiento del adjudicatario, no encuentra encaje, por regla general, en la situación contemplada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , pues la mera devolución por el concesionario de las instalaciones de propiedad pública que le fueron cedidas para la prestación del servicio, a las que se refiere el citado artículo 164, no puede considerarse como una transmisión de un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica.

No obstante, esa regla sufre una excepción cuando la reversión va acompañada de la transferencia de activos significativos propiedad de la contratista, o de la asunción del servicio por la Administración con la totalidad o con una parte relevante del personal adscrito al mismo. En cualquiera de esos supuestos se produce la transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad, sin que a ello sea óbice tratándose del primero que la entidad contratante continúe la actividad, pues lo decisivo es que esté en condiciones de hacerlo, sin perjuicio de que una vez subrogado el personal de la empresa adjudicataria adopte las medidas oportunas respecto del mismo, siguiendo los cauces legalmente previstos, en el caso de que decida suprimir el servicio por concurrir causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 30 de mayo y 11 de julio de 2011 (Rec. 2192/10 y 2861/10).

Descartada la posible concurrencia en el caso de la figura de la "sucesión de plantilla", pues el IMD no se hizo cargo de ninguno de los dos trabajadores de la contrata, tampoco podemos apreciar la otra hipótesis, pues lo que hizo Azatres S.L. una vez resuelto el contrato fue devolver a la comitente las instalaciones que fueron puestas a su disposición, incluidas las mejoras realizadas a su costa para adaptar los locales destinados en el Polideportivo a los servicios adjudicados, y los equipamientos de cocina, cafetería y comedor precisos a tal fin, adquiridos a su cargo, conforme a la relación que figura en Anexo I del Pliego de condiciones técnicas, cuya financiación por la concesionaria era condición sine qua non para la adjudicación del contrato, pasando a ser de propiedad municipal y revirtiendo al IMD al término del plazo contractual tal como se estipulaba en el apartado 23 de las citadas cláusulas, y confirma que la contratista las pusiese a su disposición sin exigir contraprestación alguna.



Las precedentes consideraciones nos llevan a concluir que lo acaecido el 19 de septiembre de 2014 fue el cese de la empresa Azatres SL en la prestación de los servicios contratados, por incumplimiento de sus obligaciones, y la reversión o recuperación de las instalaciones y de los medios materiales que sustentaban esa actividad - que no la transmisión de los mismos -, no determinante de un fenómeno de sucesión empresarial, sin que el IMD haya seguido prestando directamente los servicios y sin que haya mediado un nuevo concurso ni una nueva adjudicación.

A lo anterior ha de unirse que en el pliego de condiciones de la concesión no se hacía constar obligación alguna de subrogación del IMD respecto del personal empleado en el supuesto de finalización de la contrata, y la ausencia de normativa sectorial alguna aplicable que la impusiera, como razona la sentencia de instancia en términos que no han sido cuestionados en el recurso y que la Sala comparte por ajustarse a la doctrina jurisprudencial en la materia.

En definitiva, la condena a la empresa Azatres SL que se contiene en la sentencia de instancia resulta ajustada a derecho, lo que ha de suponer la desestimación del recurso (¿)".

Ello nos lleva también y por la misma exacta fundamentación a la desestimación del recurso con íntegra confirmación de la Sentencia recurrida.

TERCERO.- Procede condenar en costas a la recurrente AZATRES, S.L., por no gozar del beneficio de justicia gratuita (art. 235-1 Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social), costas en las que se incluirán los honorarios de los Letrados de las partes que han impugnado el recurso, lo que se fija en 300 euros para cada una de ellas, estando fijado en la norma antedicha el límite máximo en la suma de 1.200 euros en el recurso de suplicación.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por AZATRES, S.L. frente a la Sentencia de 15 de mayo de 2015 del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao , en autos nº 978/14, confirmando la misma en su integridad.

Se condena en costas a la parte recurrente, incluyendo los honorarios de los letrados de las partes impugnantes del recurso, que se fijan en 300 euros para cada una de ellas.

Se decreta la pérdida de las cantidades objeto de depósito y consignación, a las que se dará legal destino.

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 Ilmo/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 4699-0000-66-1792/15.

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 4699-0000-66-1792/15.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO