



Roj: **STSJ PV 131/2016 - ECLI:ES:TSJPV:2016:131**

Id Cendoj: **48020340012016100130**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **26/01/2016**

Nº de Recurso: **2476/2015**

Nº de Resolución: **113/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación **2476/2015**

N.I.G. P.V. 48.04.4-15/005107

N.I.G. CGPJ 48020.44.4-2015/0005107

SENTENCIA Nº: 113/2016

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 26 de enero de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltmos. Sres. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES DE BARAKALDO contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 6 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 30 de septiembre de 2015, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Julián frente a **AZATRES S.L., FOGASA y INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES DE BARAKALDO**.

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, 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. - D. Julián ha venido prestando servicios para la empresa AZATRES SL con una antigüedad referida al 21-9- 2005, categoría profesional de grupo 2, Nivel 1. Su salario ascendía a 40,51 euros/día.

Ha solicitado una reducción de jornada del en marzo de 2015 que no afecta al salario establecido en el anterior párrafo.

Segundo. - Ha venido prestando servicios en el Polideportivo de Lasarre en Barakaldo, atendiendo el Gimnasio y sala de musculación.



Tercero. - El 28-11-2002 se suscribe contrato administrativo entre el INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES (IMD) de Barakaldo y AZATRES SL, cuyo tenor se da por reproducido a este ordinal y cuyo objeto es la concesión del servicio de Bañero, Gimnasio, Sala de musculación del Polideportivo Municipal de Lasasarre.

Cuarto. - Este contrato se resuelve por un incumplimiento imputado por el IMD a AZATRES SL tras acuerdo de fecha 27-3-2015 que se notifica a AZATRES el 30-3-2015.

Quinto. - El 15-4-2015 AZATRES SL comunica a los trabajadores la circunstancia de su futuro cese al servicio de la empresa desde el 30-4-2015, dada la resolución del contrato a que menciona el ordinal 4º. El tenor literal de la comunicación se da por reproducido.

Sexto. - En esa misma fecha AZATRES SL presenta ante el IMD un inventario de materiales y herramientas afectas a la actividad, propiedad de aquel organismo. Estos se entregan el 5-5-2015; el tenor literal del acta de entrega se da por reproducido.

Séptimo. - La actora y sus otros 4 compañeros son dados de baja ante la Seguridad Social el 30-4-2015.

Octavo: Se produjeron conversaciones en el mes de mayo entre personal del IMD y los trabajadores afectados en orden a la continuidad de sus contratos tras la adjudicación a una nueva empresa. El IMD emite nota de prensa haciendo referencia a una eventual continuidad de la actividad, cuyo tenor se da por reproducido a este ordinal.

Noveno. - Se remite burofax al IMD solicitando la subrogación de la actora.

Décimo. - El servicio vuelve a estar abierto al público aunque sin ser gestionado por personal alguno.

Undécimo. - La demandante no ostenta ni ha ostentado cargo de representación legal ni sindical.

Duodécimo.- Con fecha 8-6-2015 se celebró el preceptivo acto de conciliación, al que fueron citados tanto AZATRES SL como el IMD. La papeleta data del 25-5-2015."

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

"Que rechazando las excepciones planteadas y estimando en lo sustancial la demanda formulada por D. Julián frente a AZATRES SL y el INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES (IMD) DE BARAKALDO debo declarar y declaro la existencia de un despido causado al demandante el 30-4-2015, el cual se califica de improcedente y en su consecuencia debo condenar y condeno al INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES (IMD) DE BARAKALDO 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 14.219,01 euros, y sin que procedan salarios de tramitación salvo que opte la empresa por la readmisión, lo que lo serán desde la fecha del despido (30-4-15) hasta la notificación de esta sentencia a razón de 40,51 euros/día. Asimismo procede la absolución de la empresa AZATRES SL; quedando obligado el FGS a estar y pasar por la presente."

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución judicial de instancia ha estimado la pretensión del trabajador demandante que con categoría profesional de grupo II nivel 1 (monitor) ha prestado servicios desde el 21 de septiembre de 2005 para la empresarial Azatres, S. L. en el Polideportivo de Lasasarre en Barakaldo (IMD) atendiendo el gimnasio y la sala de musculación, en virtud de una contratación administrativa que tenía ese IMD de la Administración Local con su empresarial en una concesión de servicio denominado de bañero, gimnasio, sala de musculación en el polideportivo municipal. Como dicho contrato administrativo ha sido resuelto por incumplimiento empresarial y acuerdo el 30 de abril de 2015 se comunicó a los trabajadores, en concreto al demandante, tanto la resolución contractual como su extinción laboral. El juzgador de instancia considera que hay una reversión de contrata y actividad y aplica el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores por exigencia de subrogación o sucesión empresarial, entendiéndolo que estamos ante una especie de actividad propia de la Administración demandada (a diferencia de lo que ocurriría en la doctrina judicial aportada en recursos 1350/15 y 1792/15 referidos a la cafetería-bar-restaurant de la misma empresarial y su administración local), a pesar de que no se ha continuado la actividad, no ha habido una sucesión de plantilla, aparentemente ha habido el cierre durante unas mensualidades, y solo quedan las mismas instalaciones, siendo que la empresa contratada que ha visto extinguido o rescindido su contratación administrativa, se ha llevado sus materiales y maquinaria específica. El juzgador de instancia desestima también las excepciones de caducidad (entiende que existe comunicación y conciliación específicas) y la advertida como acumulación indebida de acciones referidas a la subrogación-despido.



Disconforme con tal resolución de instancia el Instituto Municipal de la Administración Local presenta recurso de suplicación articulando dos motivos de revisión fáctica al amparo del párrafo b) del artículo 193 de la LRJS al que se juntan hasta cuatro motivos de revisión jurídica siguiendo el párrafo c) del mismo artículo y texto que pasamos a analizar.

SEGUNDO.- Los motivos de revisión fáctica esgrimidos al amparo del artículo 193 b) de la LRJS exigen recordar que el proceso laboral delimita, desde la Ley de Bases 7/89, la exigencia de un Recurso de Suplicación como medio de impugnación extraordinario propio de una única instancia con cierta naturaleza casacional que solo puede interponerse por motivos tasados, expresos y circunstanciados sin que el Tribunal pueda acceder al examen, con modificación de la resolución de instancia, mas que cuando exista un error en la apreciación de los medios de prueba que consten en el procedimiento, ya sea positivamente, por recoger hechos contrarios a los que se desprenden de la actividad probatoria, o negativamente, por omisión de tales que del mismo modo se desprenden de dichas pruebas. Además el padecimiento del error debe ser palpable y evidente, con trascendencia en el Fallo y variación del procedimiento, y por lo mismo con independencia de su certeza o veracidad.

La revisión fáctica exige determinar el hecho que se impugna y la concreta redacción que se quiere recoger, ofreciendo un texto alternativo, ya sea por omisión, adición, modificación o rectificación pero, en todo caso, evidenciándose las pruebas documentales o periciales que obrando en autos, y siendo concretamente citadas por el recurrente, son base para descubrir, al margen de cualesquiera otros medios probatorios, la infracción normativa de que deriva.

Así respecto de la prueba documental el éxito de la motivación fáctica del recurso extraordinario exige que los documentos alegados sean concluyentes, decisivos y con poder de convicción o fuerza suficiente para dejar de manifiesto el error del Magistrado de instancia, sin lugar a dudas.

En lo que respecta a la prueba pericial, y al margen de la discrecionalidad o apreciación libre del Magistrado de instancia, tan sólo el desconocimiento o ignorancia de su existencia, o la contradicción por emisión de variados informes o dictámenes, hacen que el sentido de la apreciación pueda ser contradictorio permitiendo a la Sala la valoración en conjunto que concuerde con la de instancia o concluya de manera diferente.

En lo que respecta al caso concreto de la presente pretensión del Instituto Municipal recurrente que induce inicialmente a la modificación fáctica del hecho probado noveno al objeto de incluir un nuevo párrafo en el que se deje constancia de que el burofax se presentó en la oficina de correos el 18 de mayo de 2015 remitiéndose al IMD, a criterio de la Sala deviene inoperante por cuanto tal afirmación ya se contiene en el relato fáctico y jurídico (hecho probado duodécimo en relación al fundamento jurídico tercero), donde ya se deja constancia de que existió un envío mediante burofax que se constata realizado en tiempo y forma y se configura la problemática de la existencia de la conciliación significativa que abordaremos como motivación de derecho.

Sin embargo la segunda revisión fáctica que propone incorporar un hecho probado décimo podrá tener acogida por cuanto pretende especificar lo que ya se contiene parcialmente en algún otro hecho declarado probado (sexto y décimo) para constatar expresa y tajantemente que no solo ha existido un cierre de las instancias del 1 de mayo al 7 de septiembre de 2015, sino que ahora no existe personal ni monitores (hecho probado décimo), ni persona que dirija las actividades, siendo su acceso libre y gratuito, y sin que existan las herramientas de musculación de la empresarial saliente que fueron retiradas y no reemplazadas. Y es que ciertamente tal precisión fáctica resulta trascendente y está basada en instrumentos probatorios documentados, parcialmente reconocidos por el juzgador de instancia, e incluso por la impugnante, y sin perjuicio del defecto de falta de paginación de los autos, se observa en las documentales (no los simples interrogatorios documentados) que tanto del pliego de contratación como del resto de las advertencias documentadas, al margen de los reconocimientos de las contrapartes, existe una certeza y no discusión sobre el cierre temporal, la no transmisión de la plantilla, el inventario de las herramientas y de la actividad afecta que se llevó la empresarial saliente, y la ausencia de gestión por personal actual ya sean monitores u otros (actuales hechos probados sexto, séptimo y décimo entre otros).

Por lo mencionado procede la estimación parcial de la revisión fáctica propuesta por la recurrente.

TERCERO.- En lo que se refiere a las revisiones jurídicas, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, motivando la interposición del recurso extraordinario en el examen de la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, debe recordarse que el término norma recoge un ámbito amplio jurídico y general que incluye las disposiciones legislativas, la costumbre acreditada, las normas convencionales y hasta los Tratados Internacionales ratificados y publicados. Pero además la remisión a la idea de normas sustantivas no impide igualmente que las normas procesales que determinen el fallo de la resolución deban ser también esgrimidas y alegadas como infracción que se viene a producir en supuestos adjetivos, cuales son entre otros los propios de excepciones de cosa juzgada incongruencia u otros. Y es que la infracción jurídica denunciada debe atenerse



al contenido del fallo de la resolución, por lo que en modo alguno la argumentación de la suplicación se produce frente a las Fundamentaciones Jurídicas, sino solo contra la parte dispositiva, con cita de las normas infringidas y sin que pueda admitirse una alegación genérica de normas sin concretar el precepto vulnerado u omisión de la conculcación referida, que impediría en todo caso a la Sala entrar en el examen salvo error evidente iura novit curia o vulneración de derecho fundamental, y en todo caso según el estudio y resolución del tema planteado.

Como el Instituto Municipal recurrente denuncia en una primera motivación jurídica la infracción del artículo 125 de la Ley 30/92 en relación a los artículos 69 , 100 y 103 de la LRJS , así como el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores citando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2005 en materia propia de caducidad de la acción ya presentada en la instancia (sin que ahora aparentemente reproduzca la excepción de inadecuación de procedimiento respecto de lo que entendía doble acción de subrogación-despido), analizaremos preliminarmente el agotamiento de la vía previa exigible.

Y es que a criterio de la Sala la acción de extinción contractual con posible subrogación y determinación de la responsabilidad del empleador, por su posible cambio y garantía (art. 44 del Estatuto de los Trabajadores), con presentación de papeleta de acto de conciliación (hecho probado duodécimo), así como el burofax cursado que deja constancia el fundamento jurídico tercero, suponen un consumo suficiente de la naturaleza de la pretensión ejercitada con eficacia jurídica de suspensión (conciliación, mediación u otra reclamación), siempre y cuando las partes son conocedoras de dichas vías previas y la doctrina constitucional en los criterios de resoluciones especificadas (sentencia del Tribunal Constitucional 172/07 y 12/03) aceptan la razonabilidad de la evitación del proceso, sin que la literalidad exija una presentación de reclamación previa cuando hay una conciliación administrativa que tiene la misma posible eficacia de acuerdo o decisión, aún cuando hipotéticamente la vía correcta fuese la administrativa.

En el mismo sentido la aplicación del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores permite la manifestación de la suspensión afirmando que el plazo de caducidad quedará interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el SMAC, pues siguiendo esa interpretación constitucional y, en supuestos normalmente de ausencia de mala fe y de razonabilidad de la actuación, el intento, aunque sea erróneo, de la presentación de la conciliación administrativa debe tener los mismos efectos que la reclamación previa, máxime cuando su presentación fue en tiempo y forma.

Por lo mencionado procede denegar nuevamente la pretensión sobre la caducidad de la acción de despido.

CUARTO.- Queda por abordar el meollo de la cuestión referido a la sucesión subrogación empresarial y a los efectos de la extinción contractual por falta de asunción del trabajador demandante a la vista de que la recurrente alega ser otra la responsable (su empresarial laboral), por cuanto el organismo administrativo local no llevó a cabo la continuidad de la actividad, no subrogó a la plantilla, no tenía medios adecuados, y solo hay una reversión de la instalación-local sin servicio alguno, más siendo que el juzgador de instancia ha aplicado una especie de reversión de dicho servicio aplicando una doctrina de recuperación de arrendamiento de industria (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares 14 de junio de 2013 recurso RS44/2013), advirtiendo la falta de aplicación de la doctrina judicial citada por las contrapartes (Recursos 1350/15 y 1792/15 para la cafetería-bar-restaurant de la misma empresa y organismo autónomo) por considerar que esa era una actividad ajena a su ámbito operativo (cafetería), concluyendo que la reversión obligaba al organismo autónomo a continuar con el servicio, por cuanto se devolvían igualmente los elementos afectos a la actividad, debiendo por eso subrogarse también en la plantilla. Por ello esta Sala advertirá el estudio del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en una temática correspondiente a la sucesión-subrogación bajo los parámetros no sólo de nuestra doctrina jurisprudencial y precedentes citados, sino de la normativa comunitaria y su jurisprudencia, en las situaciones de contrataciones administrativas subsiguientes.

Y es que, como bien conocemos, ni siquiera necesitamos acudir al art. 44 del Estatuto de los Trabajadores para hablar de una sucesión empresarial, cuando se dan las figuras en forma de subrogación que vienen reflejadas en las normas sectoriales, Convenios Colectivos (no solo en vigilancia o seguridad, sino también en servicios de limpieza y otros), que tienen por exigencia y finalidad legal reflejar la obligación al objeto de conservar los puestos de trabajo y evitar la proliferación de contenciosos en los que los trabajadores de una empresa pasan automáticamente a la siguiente empresa adjudicataria en el momento de cambio y titularidad de las contrataciones, y siempre y cuando esos trabajadores cesantes lleven al menos un tiempo de prestación de servicios, normalmente con independencia absoluta de la modalidad del contrato que se tenga. Son supuestos de sucesión empresarial por subrogación convencional inter vivos, en los que la empresa saliente normalmente acredita una relación de personal, antigüedad, jornada, horarios, condiciones y otros, así como las liquidaciones abonadas, y la empresa entrante debe incorporar a su plantilla el personal afectado por este cambio de titularidad con los mismos derechos y obligaciones contractuales que tuvieran en la empresa cesante.



El art. 44 ET regula la sucesión de empresa. Precepto que, desde la promulgación del Estatuto no había tenido cambios, hasta que la Ley 12/2001, de 9 de julio, introdujo novedades en su contenido (vigentes desde el 11 de ese mes), sustancialmente debidas a la necesidad de adaptar nuestro derecho interno a la normativa comunitaria, no sólo a causa de la modificación operada en ésta por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, sino por la falta de incorporación a nuestro ordenamiento de determinados mandatos de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977. Normativa comunitaria constituida, al tiempo de promulgarse la Ley 12/2001, por la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001.

Uno de los efectos de la sucesión de empresa que dispone el art. 44 ET en su apartado 1, mantenido tras la Ley 12/2001, es el efecto subrogatorio en la posición de empresario de la relación laboral.

Norma de rango legal que no deja margen alguno a la negociación colectiva o a la autonomía de la voluntad para poder disponer de ese concreto efecto en el caso de que concurra el supuesto de sucesión de empresa ahí previsto, por lo que cualquier convenio colectivo o pacto (individual o colectivo) que lo niegue, lo condicione o limite su ámbito de aplicación resulta nulo de pleno derecho (inciso inicial del art. 85.1 ET y art. 3.1.c ET).

Ahora bien, entre los cambios introducidos en el art. 44 ET por la Ley 12/2001 se incluye la noción misma de sucesión de empresa, al establecerse en el apartado 2 del precepto que, "a 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 accesoría". Descripción del fenómeno regulado que supone una evidente innovación respecto a la noción anterior, al alterar de manera esencial la descripción del objeto de la transmisión, que ya no se define como una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma (pese a lo que parece del inicio del apartado 1), sino en los concretos términos del apartado 2, dadas las taxativas palabras con que éste se inicia y hemos dejado remarcadas.

Variación de suma trascendencia cuando se advierte que esa nueva descripción de la transmisión de empresa en nuestro derecho interno resulta ser copia literal de un precepto de la Directiva 1998/50/CE (art. 1.1.b), mantenido en la Directiva 2001/23/CE (art. 1.1.b), cuando señala que se considerará traspaso, a efectos de esas Directivas, el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoría. Definición cuyo origen radica, a su vez, en la jurisprudencia comunitaria sentada en interpretación del art. 1 de la Directiva 1977/187/CEE, cuando señala que el concepto de entidad objeto de la transmisión remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Süzen, de 11 de marzo de 1997, Hernández Vidal, de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, de la misma fecha, y Allen, de 2 de diciembre de 1999).

No cabe duda, vista esa identidad en la descripción, que nuestro legislador ha querido que, a partir de la vigencia de la Ley 12/2001, la noción de sucesión de empresa, en nuestro derecho interno, sea la comunitaria a la sazón vigente, abandonando la que hasta ahora teníamos. Resulta obvio que, de ser la misma, no habría sido necesario cambio alguno de regulación.

Pues bien, al identificarse ahora nuestra noción del objeto de la transmisión con la comunitaria se ha producido un efecto singular, como es la relevancia de la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que pasa a ser la autorizada intérprete de nuestra propia norma.

Con anterioridad a esa reforma legal, una doctrina consolidada del Tribunal Supremo excluía del supuesto regulado en el art. 44 ET los casos de cambio de contratista de un servicio si no llevaba aparejado la transmisión de los elementos patrimoniales precisos para ejecutarlo, por lo que el nuevo contratista no quedaba sujeto a un deber de subrogación en el vínculo laboral de los trabajadores empleados por el contratista saliente al amparo de lo dispuesto en dicho precepto, sin perjuicio de que esa obligación pudiera surgir por disposición del convenio colectivo o por exigencia del titular del servicio (sentencias de 5 de abril de 1993, RCU 702/1992, 14 de diciembre de 1994, RCU 469/1994, 23 de enero y 9 de febrero de 1995, RCU 2155/1994 y 3754/1993, 29 de diciembre de 1997, RCU 1745/1997, 29 de abril de 1998, RCU 1696/1997, y 18 de marzo de 2002, RCU 1990/2001), como tampoco se da si, llegado un determinado momento, éste decide asumir directamente su gestión (sentencias de 3 de octubre de 1998, RCU 5067/1997, y 19 de marzo de 2002, RCU 4216/2000). Aún más, cuando el convenio colectivo o el titular del servicio imponen ese deber, queda sujeto a los términos y condiciones impuestos por la fuente que fija la obligación de subrogación (sentencias de 10 de diciembre de 1997, RCU 164/1997, 9 de febrero, 31 de marzo y 8 de junio de 1998, RCU 167/1997, 1744/1997 y 2178/1997, 26 de abril y 30 de septiembre de 1999, RCU 1490/1998 y 3983/1998, y 29 de enero de 2002, RCU 4749/2000).

Sin embargo, tras la reforma mencionada, a la luz de la sentencia dictada por el TJUE el 24 de enero de 2002 en el caso TEMCO, también se engloban en el supuesto de sucesión de empresa tipificado en el art. 44 ET los



casos de cambio de contratista de un servicio en cuya ejecución el elemento trascendental lo constituyen los trabajadores que lo desempeñan, siempre que el nuevo contratista esté obligado a asumirlos en su totalidad o en su parte esencial, sea por convenio o por imposición del titular del servicio, y aunque no lleve aparejada transmisión de los elementos patrimoniales precisos para su ejecución.

Por otra parte, esa sentencia dictada por el TJUE en el caso TEMCO va aún más allá, ya que la doctrina que sienta es que ese efecto subrogatorio se produce incluso si, de hecho, el nuevo contratista de un servicio sin elementos patrimoniales significativos asume a una parte relevante de la plantilla que anteriormente lo atendía por cuenta del contratista precedente. Doctrina comunitaria no novedosa, que se inscribe en la línea de lo resuelto por dicho Tribunal en sus sentencias de 11 de marzo de 1997 (caso SÜZEN), 10 de diciembre de 1998 (caso HERNANDEZ VIDAL), 10 de diciembre de 1998 (caso SANCHEZ HIDALGO), 2 de diciembre de 1999 (caso GC ALLEN), 26 de septiembre de 2000 (caso DIDIER MAYEUR), 25 de enero de 2001 (caso LIKENE) y 20 de noviembre de 2003 (caso CARLITO ABLER).

Doctrina comunitaria que nuestro Tribunal Supremo ha hecho suya en sus sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 (RCU 4424/2003 y 899/2002), estimando que "constituye un supuesto de traspaso o sucesión la transferencia de la mera actividad cuando la misma va acompañada de la asunción de relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior, al poder valorarse ese conjunto como una entidad económica". Concretamente, en la última de ellas enjuicia el cese, por fin de contrato, de quien fue contratado inicialmente para prestar servicios durante la vigencia del servicio de mantenimiento de unas instalaciones deportivas municipales concertada por su primer empleador, habiéndose subrogado en esa relación los sucesivos contratistas del servicio, lo que no hizo el nuevo que lo asume al tiempo del cese, pese a que sí lo había hecho con el resto de los trabajadores dedicados a ese servicio por cuenta del anterior contratista (salvo con otro), confirmando el Tribunal la calificación del cese como despido improcedente efectuado por el nuevo contratista, al no hacerse cargo del mismo, a lo que estaba obligado conforme al art. 44 ET , a la luz de la nueva doctrina, que revisa la anterior mantenida por la Sala. Cambio de doctrina expresamente reconocido por la propia Sala en la segunda de esas sentencias (que tiene el valor añadido de estar dictada en Sala General) y reiterado en su sentencia de 4 de abril de 2005 (RCUD 2423/2003), que no se ha abandonado en la de 23 de mayo de 2005 (RCUD 1674/2004), pese a la confusión que puede generar algunos de sus razonamientos, debiendo recalcar que en ella se confirma la condena solidaria de la nueva contratista del servicio de limpieza al pago de una deuda contraída por el anterior, aunque le basta para hacerlo con el propio tenor del convenio, en cuanto impone al nuevo un deber de subrogación en los derechos y obligaciones del anterior. Nada mejor para comprobar que la Sala, con esta sentencia, no abandona el nuevo criterio que leer sus posteriores sentencias de 29 de mayo de 2008 (RCUD 3617/2006 , también de Sala General), 27 de junio de 2008 (RCUD 4773/2006), 28 de abril de 2009 (RCUD 2614/2007) y 23 de octubre de 2009 (RCUD 2684/2008).

Como conclusión, cabe sostener que la sucesión de contratistas puede constituir un supuesto de sucesión de empresa, pero ello no significa que toda sucesión de contratista lo sea, sino únicamente cuando la nueva contratista deba hacerlo o lo haga, de hecho, con los medios materiales y personales con que lo hacía la anterior, ya que será entonces cuando concorra el requisito de identidad de la entidad económica transmitida.

Merece la pena destacar, no obstante, que en lo que atañe a la utilización de los medios materiales y/o exigencia de transmisión directa, también constituye doctrina comunitaria la que establece que no obsta a la existencia de una transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad que una parte relevante de los medios materiales con que se lleva a cabo sean los que la empresa adjudicataria del servicio pone a disposición de sus sucesivos contratistas. Criterio que también ha hecho suyo nuestro Tribunal Supremo, como lo revela el texto parcial de su sentencia de 28 de abril de 2009 (RCUD 4614/2007), reproducido en la de 23 de octubre de 2009 (RCUD 2684/2008), que ahora reproducimos: "3.- Una segunda cuestión se plantea respecto a si el concepto de "transmisión de un conjunto de medios organizados", necesarios para llevar a cabo su actividad, requiere que haya transmisión de la propiedad del cedente al cesionario, o no es necesario que el cesionario adquiera la propiedad de tales elementos para que exista sucesión empresarial. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado de forma reiterada en las sentencias de 17 de diciembre de 1987, My Molle Kiro, 287/86 , 12 de noviembre de 1992 , 1992/84, Watrson, Risk y Christensen 209/91 , y 20 de noviembre de 2003 Abler y otros, C-340/01 , señalando que el ámbito de aplicación de la Directiva abarca todos los supuestos de un cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales concluyendo, la última de las sentencias citadas, que "la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueron puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 77/187 ". Por su parte esta Sala, en la ya citada sentencia de 11 de diciembre de 2002, (Rec. 764/02), entendió que en un supuesto en que se cedió por una empresa a otra



un local, con entrada desde el patio central del colegio, dentro del cual estaba ubicada una cocina industrial completamente equipada y apta para elaborar comidas, una nevera industrial etc..., además de útiles de limpieza, un local anexo destinado a office y otro destinado a almacén, estando formado el local principal por un comedor escolar y dos servicios, es claro que lo cedido fue una unidad productiva autónoma, sin que represente obstáculo alguno que el título sea un contrato de arrendamiento, pues para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes de la empresa, sino poseer la titularidad del negocio, constituyendo la cesión de bienes, antes relacionados, un negocio cuya titularidad se cede, en palabras del Estatuto y de la Directiva una entidad económica con propia identidad. En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia de 12 de diciembre de 2007, (Rec. 3994/06). 4.- La tercera cuestión se plantea respecto a si es o no exigible una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario, para apreciar la existencia de sucesión de empresa en los términos examinados. Tal como ha señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia Süzen anteriormente citada, la inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario no puede revestir una importancia decisiva a este respecto, a pesar de que puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva. También puede producirse la cesión en dos etapas, a través de un tercero, como el propietario o el arrendador (sentencia de 7 de marzo de 1996 Mercks y Neuhyus, asuntos acumulados C-171/94 y C72/94). Tampoco excluye la aplicación de la Directiva la circunstancia de que el servicio o contrata de que se trate haya sido concedido o adjudicado por un organismo de Derecho público (sentencia de 15 de octubre de 1996, Merke, 298/94)".

A la luz de lo expuesto hemos de determinar si, en el caso de autos, concurre o no un supuesto de sucesión de empresa y, por tanto, si el Juzgado ha aplicado indebidamente o no el art. 44 ET , para lo que debemos partir, necesariamente, de los hechos declarados probados.

Tal es así que en el supuesto de autos, del relato fáctico mantenido y a falta de subrogaciones convencionales por acuerdos o previsiones de negociación colectiva o en pliegos administrativos que no constan, pues muy al contrario los pliegos de las condiciones de la contratación no tienen constatación de obligación alguna de subrogación del personal empleado en el supuesto de la finalización de la contrata, y hay una ausencia de la normativa sectorial que imponga dicha posible subrogación convencional, hace que en el momento de la extinción de la adjudicación de la contrata administrativa en el sentido del servicio de gimnasio, musculación, balneario, las circunstancias probadas, tanto en el ámbito temporal, falta de continuidad, como en la no incorporación de ningún tipo de personal, con la reversión de la maquinaria y herramientas propias del gimnasio para con la empresarial saliente, provocan que esta Sala evidencie la falta de continuidad de servicios, al menos temporalmente, y que advierta que no existe ningún tipo de inclusión de trabajadores en una prestación de servicios puntual subsiguiente, ni que pueda recoger su momento administrativo de adscripción o subrogación de personal, entendiéndose que la convicción fáctica no admite la subrogación específica asumida por el juzgador de instancia, por cuanto no estamos ante una continuidad de la prestación de servicios, tal cual se realizaba, sino que tan solo revierte en las instalaciones propiedad de la Administración Local, y no en el negocio o el servicio de musculación-balneario. Por lo que tampoco revertiendo la totalidad de los elementos afectos a la actividad, como es la maquinaria, y sólo con constancia de la conformación de unas instalaciones que son devueltas como inmovilizado y material, la posición jurídica y judicial no otorga unas condiciones de mantenimiento o sucesión empresarial que tenga encaje en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , por cuanto la finalización del contrato administrativo (antiguo artículo 164 Real Decreto Legislativo 2/2000), con la devolución por el concesionario de las instalaciones de propiedad pública que le fueron cedidas para prestación del servicio citado, no pueden considerarse como una transmisión de un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica independiente. Y como tampoco existe una transferencia de activos significativos propiedad de la contratista o no se ha asumido el servicio por el organismo local en su totalidad, ni tampoco en una parte del personal, no estaremos ante una transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad, porque tampoco se continua esa actividad de prestación de servicios específica de musculación-balneario con monitorización o ayuda por personal de una empresa adjudicataria, sino que en la actualidad tan solo se reanuda la reapertura de la instalación pero sin el valor añadido personal del asesoramiento por monitor, en una modalidad libre y gratuita, que no requiere una continuidad del servicio profesional ni otorga la imagen de una transmisión de empresa o sucesión que obligue a la subrogación del personal de la empresa adjudicataria, que en su caso debió seguir los cauces legalmente previstos general para despidos objetivos (sentencia del Tribunal Supremo 30 de mayo y 11 de julio de 2011 Rec. 2192/10 y 2861/10).

Por lo mismo, esta Sala debe descartar la figura de sucesión de plantilla o subrogación laboral, por cuanto la resolución del contrato administrativo y la devolución al comitente de las instalaciones que fueron puestas a su disposición, incluidas incluso las posibles mejoras que pudiera hacer la empresarial en sus locales destinados en el polideportivo, a la vista de los pliegos y condiciones de adjudicación ya suponen la resolución del contrato administrativo y el cese de la empresa laboral en la prestación de servicios contratados, aparentemente por



incumplimiento de sus obligaciones, y conlleva una reversión o recuperación de las instalaciones o de algún medio o material excepcional (que no la transmisión de los fundamentales para la prestación de servicios como es la maquinaria concreta que exige monitorización pago y asesoramiento), que no es determinante del fenómeno de la sucesión empresarial laboral, máxime cuando el IMD no ha prestado directamente los servicios ni todavía existe un nuevo concurso y una nueva adjudicación con pliegos de condiciones obligacionales.

En el mismo sentido y empresas, aunque ciertamente para la prestación de servicios de bar-cafetería-restaurante, nuestras sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de septiembre de 2015 recurso 1350/15 y de 20 de octubre de 2015 recurso 1792/15, en las que está relacionada la misma empresarial, que a la sazón debe ser responsable de la extinción contractual y sus consecuencias propias de los artículos 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores (indemnización y/o readmisión).

Por todo lo mencionado, procede estimar el recurso de suplicación del organismo recurrente revocando la resolución de instancia en el sentido de su condena y absolución de la empresa Azatres, S.L. que ahora queda obligada a hacerse cargo de los efectos del despido improcedente fechado el 30 de abril de 2015 y a la opción, en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, entre la readmisión del trabajador o el abono de la indemnización ya cifrada y no discutida de 14.219,01 euros (40,51 euros diarios) sin perjuicio de las obligaciones del FGS.

QUINTO.- Como quiera que el Organismo recurrente ve estimado su recurso de suplicación en atención al artículo 235.1 de la LRJS no habrá condena en costas, con devolución de depósito y aplicación de consignaciones si las hubiera.

FALLAMOS

Que estimando el Recurso de Suplicación interpuesto por el INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES DE BARAKALDO contra la sentencia dictada en fecha 30-9-15 por el Juzgado de lo Social nº 6 de Bilbao en autos nº 515/15 seguidos a instancia de Julián frente a AZATRES S.L., FOGASA y INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES DE BARAKALDO, se revoca la resolución de instancia y se declara la existencia de un despido improcedente fechado el 30 de abril de 2015 con condena a la empresarial Azatres, S.L. a que en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión del trabajador o el abono de la indemnización de 14.219,01 euros (40,51 euros diarios), y sin salarios de tramitación salvo que se opte por la readmisión, sin perjuicio de situaciones de incompatibilidad (desempleo IT y otros), con absolución expresa del Instituto Municipal de Deportes (IMD) de Barakaldo, y sin perjuicio de las obligaciones del FOGASA.

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, devuélvase 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 Ilustre 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- 66-2476/15.

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 4699-0000-66-2476/15.

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