



Roj: **STSJ M 13597/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:13597**

Id Cendoj: **28079340032017100670**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **05/12/2017**

Nº de Recurso: **211/2017**

Nº de Resolución: **788/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34001360

NIG : 28.079.00.4-2016/0034919

Procedimiento Recurso de Suplicación 211/2017

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 37 de Madrid Despidos / Ceses en general 738/2016

Materia : Despido

Sentencia número: 788/17-FG

Ilmos. Sres.

D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

En Madrid, a cinco de diciembre de dos mil diecisiete, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 3 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los **Ilmos. Sres.** citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 211/2017, formalizado por el Letrado D. CARLOS DAVID JIMENEZ DIEZ-CANSECO, en nombre y representación de URBASER SA, contra la sentencia de fecha 22/12/2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 37 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 738/2016, seguidos a instancia de Dña. Mercedes , D. Teofilo , Dña. Virginia y D. Apolonio frente a AYUNTAMIENTO DE EL BOALO y URBASER SA, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- DOÑA Virginia , con DNI NUM000 , vino prestando servicios para la empresa URBASER, S.A. desde el 1/6/2006 en virtud de subrogación operada desde la empresa Vertedero de Residuos, S.A. el 3/11/2000, con la categoría profesional de peón y salario de 1.539,94 euros, incluida prorrata de pagas extra.

-DON Teofilo , con DNI NUM001 , vino prestando servicios para la empresa URBASER, S.A. desde el 8/4/2002 en virtud de subrogación operada el 1/6/2006 desde la empresa Vertedero de Residuos, S.A. con la categoría profesional de peón y salario de 1.474,24 euros, incluida prorrata de pagas extra.

-DOÑA Mercedes , con DNI NUM002 , vino prestando servicio para URBASER, S.A. desde el 12/6/2006 con la categoría profesional de peón con salario mensual de 1.339,94 euros, incluida prorrata de pagas extra.

-DON Apolonio , con DNI NUM003 , vino prestando servicio para URBASER, S.A. desde el 17/4/2013 con la categoría profesional de peón con salario mensual de 1.622,42 euros, incluida prorrata de pagas extra.

SEGUNDO.- El 11/6/2006 el Ayuntamiento demandado y la empresa URBASER, S.A. suscribieron contrato para la prestación del servicio de recogida de residuos sólidos y limpieza viaria en los municipios de El Boalo, Cerceda y Mataelpino durante 10 años.

En dichos servicios vinieron trabajando los hoy actores junto a otros tres trabajadores.

En la parte tercera capítulo cuarto del pliego de prescripciones del contrato se reflejan las obligaciones de las partes respecto a material y maquinaria. Obra a los folios 52 y ss dándose su contenido por reproducido.

TERCERO.- El 17/5/2016 la Concejalía de Urbanismo del Ayuntamiento demandado presentó al Pleno de la Corporación propuesta sobre la remunicipalización del servicios de gestión de residuos urbanos y limpieza viaria. Obra la propuesta al folio 68 dándose su contenido por reproducido en su integridad.

CUARTO.- Por la Intervención del Ayuntamiento se emitió informe favorable a la municipalización del servicio en el que consta que la subrogación de trabajadores sería contraria a los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público y que el Ayuntamiento no puede asumir los costes de antigüedad que se devengan en una empresa privada. Obra el informe al folio 71 dándose su contenido por reproducido en su integridad.

QUINTO.- El 26/5/2016 el Pleno del Ayuntamiento aprobó asumir la gestión directa del servicio de recogida de residuos sólidos y limpieza viaria y su declaración como servicio prioritario. Obra el documento al folio 73 dándose su contenido por reproducido en su integridad.

SEXTO.- Se llevó a cabo la oportuna modificación presupuestaria para asumir el servicio según resulta del documento obrante al folio 74 dándose su contenido por reproducido en su integridad.

SÉPTIMO.- El 17/5/2016 la Junta de Gobierno del Ayuntamiento acordó la prórroga de la prestación del servicio por URBASER, S.A. hasta el 1/7/2016. El acuerdo obra al folio 73, dándose su contenido por reproducido en su integridad.

OCTAVO.- En fecha que no consta, el Ayuntamiento remitió a URBASER, S.A. una comunicación en la que se le decía que debía cesar en la prestación del servicio el 4/7/2016, requiriendo a dicha empresa "para que el lunes 4 de Julio de 2016 proceda a hacer entrega de los vehículos que deben ser entrega de titularidad municipal adscritos al servicio, a cuyo efecto se suscribirá el correspondiente acta de entrega".

NOVENO.- El 7/6/2016 la Junta de Gobierno del Ayuntamiento adoptó acuerdo con el siguiente contenido:

1-Constatar la urgente necesidad de contratar personal temporal para prestar un servicio esencial como el de recogida de residuos sólidos y limpieza viaria y por ello la necesidad de contratar personal laboral en los términos contemplados en la legislación vigente

2-Apreciar que el procedimiento contemplado en el borrador de las bases para la formación de la bolsa es un procedimiento ágil que respeta en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad acorándose que se proceda al ajuste de las bases generales de la creación de una bolsa de empleo de personal de servicios de limpieza viaria y recogida de residuos en régimen laboral temporal.



3- Que ajustadas las bases se sometán a la aprobación de esta Junta o bien sean aprobadas por la Alcaldía, y previa a designar a los miembros integrantes del órgano de selección, se proceda a la creación de la citada bolsa conforme a la citada Ley de Bases.

El contenido íntegro del acuerdo obra a os folios 88 y 89 y las bases de la convocatoria a los folios 80 y ss, dándose por reproducido en su integridad.

DÉCIMO.- El 22/6/2016 la Alcaldía aprobó la correspondiente oferta de empleo público y las bases de las pruebas para la selección del personal. Obra al folio 92 dándose su contenido por reproducido en su integridad.

DÉCIMOPRIMERO.- Los actores se presentaron a la convocatoria constando las puntuaciones en el documento obrante al folio 107 que se da por reproducido. Se presentaron 55 solicitudes quedando fuera la presentada fuera de plazo. Se realizó entrevista a los 16 con mejor puntuación.

DÉCILOSEGUNDO.- El 1/7/2016 la Junta de Gobierno aprobó la bolsa de trabajo para puestos de personal de limpieza en el orden de valoración de méritos establecido por el órgano de selección acordando la contratación en régimen laboral temporal del personal necesario para la prestación del servicio de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos.

DÉCIMOTERCERO.- Se ha contratado a nueve trabajadores con contrato temporal para la prestación del servicio, entre ellos a los cuatro actores desde el 5/7/2016. También a otros 2 trabajadores, Don Guillermo y Don Manuel, que prestaban el mismo servicio con Urbaser, S.A. Obrán los contratos a los folios 113 y ss. No consta que se haya suscrito contrato con el séptimo trabajador, Don Severino, que venía prestando el mismo servicio pero sí su inclusión en la bolsa de trabajo.

El salario de los cuatro actores en el Ayuntamiento asciende a 1.407,99 euros mensuales según resulta de sus nóminas del mes de Agosto de 2016.

DÉCIMOCUARTO.- El 1/7/2016 la empresa URBASER, S.A. había remitido a cada uno de los cuatro actores y a los otros tres que prestaban el mismo servicio, la siguiente comunicación:

"Con motivo de la notificación recibida por esta empresa el día 21 de Junio de 2016 en la que se nos comunica la decisión del Ayuntamiento de El Boalo, Cerceda Mataelpino de asumir la gestión directa del servicio de recogida de RSU y limpieza viaria en el municipio a partir de la fecha de finalización de la prórroga del contrato que vincula a Urbaser, S.A. y a ese Ayuntamiento y la posterior notificación de 30 de Junio de 2016 por la que nos comunican el cese en la prestación del servicio por parte de Urbaser, S.A. en la fecha del 4/7/2016 inclusive, a partir de la cual el servicio pasará a ser prestado por el Ayuntamiento de El Boalo, Cerceda y Mataelpino, le comunicamos que, al objeto de garantizar el principio de estabilidad en el empleo y al absorción del personal entre quienes se sucedan, de conformidad con lo establecido en el artículo 44d el Estatuto de los Trabajadores y con la normativa convencional vigente, a la finalización de la jornada del próximo día 4 de Julio de 2016, usted causará baja en la empresa URBASER, S.A. debiendo ser subrogado con fecha de 5 de Junio de 2016 por el Ayuntamiento de El Boalo, Cerceda y Mataelpino"

DÉCIМОQUINTO.- El mismo día 1/7/2016 la empresa URBASER S.A. presentó escrito en el Ayuntamiento procediendo a hacer entrega de la documentación referida al personal que había venido prestando el servicio de limpieza en el ámbito del contrato suscrito en el año 2006.

DÉCIМОSEXTO.- El 5/7/2016 los cuatro trabajadores hoy demandantes presentaron en el Ayuntamiento escrito solicitando si se había procedido por dicho organismo a la subrogación en sus contratos de trabajo. Obrán los escritos a los folios 14 y ss.

DÉCIМОSEXTO.- El 4/7/2016, según consta en acta levantada al efecto, se procedió a la entrega por Urbaser, S.A. al Ayuntamiento de los medios materiales, maquinaria del servicio y su correspondiente documentación haciendo constar expresamente que se trata de la maquinaria a subrogar:

-Recolector carga lateral marca Renault con matrícula ZDK . Respecto a éste consta la solicitud de cambio de titularidad efectuada por el Ayuntamiento el 24/8/2016 al folio 384

-Barredora urbana Schmidt classic matrícula U-....

-Vehículo caja abierta Nissan VKF

Consta expresamente que no se entrega camión QLT por ser propiedad del Urbaser.

Consta además la entrega de 3 carritos portacubos albatros, de un soplador Stihl homologado, de una desbrozadora Stihl homologada, de un esparcidor de fundentes para eliminación de nieve Meyer, de 22 contenedores de carga lateral metálicos y de 60 contenedores iglú de doble gancho



DÉCIMOSEPTIMO.- Consta factura emitida en fecha 13/2/2006 a Urbaser por la empresa Cayvol Grup respecto a un vehículo caja abierta Nissan VKF .

Consta factura emitida en fecha 23/12/2005 13/2/2006 a Urbaser por la empresa Schmidt Ibérica respecto a una barredora urbana Schmidt classic. Documento obrante al folio 378.

Consta factura emitida en fecha 19/5/2006 a Urbaser por la empresa Schmidt Ibérica respecto a un recolector carga lateral marca Renault. Documento obrante al folio 379.

DÉCIMO OCTAVO.- *El convenio que ha venido rigiendo la relación de los trabajadores con URBASER, S.A. es el del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riegos, recogida y eliminación de residuos, limpieza y conservación del alcantarillado.*

DÉCIMO NOVENO.- *A 1/1/2016 la empresa URBASER, s.a. cuenta con un total de 1.887 trabajadores.*

VIGÉSIMO.- *Ninguno de los actores ostenta o ha ostentado en el último año la representación de los trabajadores.*

VIGÉSIMO PRIMERO.- *Presentaron papeletas de conciliación el día 19/7/2016 celebrándose el acto el día 12/8/2016 con el resultado de sin avenencia. Presentaron en plazo las oportunas reclamaciones previas.*

Ninguno de los actores ostenta o ha ostentado en el último año la representación de los trabajadores.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por DOÑA Virginia , DON Teofilo , DOÑA Mercedes y DON Apolonio frente al AYUNTAMIENTO DE EL BOALO, DECLARO LA NULIDAD DE LOS DESPIDOS de los actores llevado a cabo con efectos de 4/7/2016 por la empresa URBASER, S.A. y LA EXTINCIÓN DE SUS RELACIONES LABORALES EN LA FECHA DE ESTA SENTENCIA Y CONDENO a dicha empresa al abono de las siguientes indemnizaciones:

-A DOÑA Virginia la de 34.029,29 euros

-A DON Teofilo la de 29.487,91 euros.

-A DOÑA Mercedes la de 18.379,86 euros

-A DON Apolonio la de 6.599,59 euros

Y al abono de las siguientes cantidades en concepto de salarios de tramitación:

-A DOÑA Virginia , de la cantidad de 740,43 euros

-A DON Teofilo de la cantidad de 371,07 euros

-A DON Apolonio de la cantidad de 1203,84 euros.

ABSOLVIENDO al Ayuntamiento de El Boalo de las pretensiones en su contra deducidas.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por URBASER SA, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por el Letrado D. JUAN JOSE TORRES CABALLERO en nombre y representación de los demandantes y por el AYUNTAMIENTO DE EL BOALO, representado por el Procurador D. MANUEL FRANCISCO ORTIZ DE APODACA GARCIA y asistido por el Letrado D. Leopoldo Pardo Serrano.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 15/03/2017, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 10/10/2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Frente a la sentencia de instancia se alza en suplicación la entidad condenada pidiendo su absolución por entender en definitiva que la responsabilidad de los despidos le corresponde al Ayuntamiento codemandado que, según la recurrente, tenía obligación de subrogarse. La sentencia justifica su decisión en este punto en el fundamento de derecho tercero que dice:

«El punto de partida para la resolución del procedimiento no puede ser otro que la determinación de si el Ayuntamiento demandado tenía, en virtud de la obligación que impone el artículo 50 del convenio invocado,



de subrogarse cuando asumió la gestión directa del servicio de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos, en los contratos de trabajo de quienes habían venido adscritos a ese servicio por la empresa URBASER, S.A.

Conviene hacer referencia a la Sentencia dictada por el TS en fecha 17/6/2011 (rec nº 2855/2010) en un caso en que como en el presente un Ayuntamiento pasó tras tener adjudicado el servicio de limpieza a una empresa privada, a gestionar directamente el servicio. Dicha sentencia concluye absolviendo al Ayuntamiento demandado en base a las siguientes consideraciones:

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

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

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

Las anteriores consideraciones conducen a estimar el recurso del ente municipal, habida cuenta que no hubo, como en el caso de la sentencia de contraste, transmisión patrimonial que justifique la aplicación del art. 44 ET, ni le resulta aplicable la cláusula subrogatoria que regula el art. 49 del Convenio General del Sector.

Atendiendo a ese último párrafo, la conclusión a que se llega advierte de que se trata de un caso en que no hubo transmisión patrimonial.

El mismo Tribunal, en sentencia de 30/5/2011 rec 2192/2010, en un caso en que sí había transmisión patrimonial, y en la que el Ayuntamiento demandado acaba respondiendo de forma solidaria por haber incurrido en fraude el ayuntamiento al asignar la gestión a otra empresa, refleja "De otra parte no cabe desconocer que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró, mientras estaba en vigor la Directiva 77/1987 [modificada por la Directiva 98/50], que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva (STJCE 212/2000, de 26/Septiembre, Asunto Mayeur, apartado 33); y que la misma conclusión se impone en el caso de la vigente Directiva 2001/23 [codificación de aquéllas], puesto que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva (SSTJCE 99/1992, de 19/Mayo, Asunto Redmond Stichting; 195/2000, de 14/Septiembre, Asunto Collino y Chiappero; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09, apartado 25, que en cuestión prejudicial planteada por Juzgado de España, precisamente enjuicia -y declara- la sucesión empresarial de un Ayuntamiento por la asunción directa de la gestión del servicio público de mantenimiento de parques y jardines).

Así pues, según la doctrina citada, en principio el Ayuntamiento no estaría obligado a subrogarse en los contratos laborales de los trabajadores de la contrata que cesa en el servicio por no estar incluido en el ámbito de aplicación



del convenio, si bien habrá que valorar si ha habido una efectiva transmisión de elementos patrimoniales que podría llevar a la conclusión contraria.

Por tanto en el presente caso hay que examinar el requisito de que haya existido una transmisión que afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria. Como se ha indicado, se trata de la transmisión de elementos patrimoniales fundamentales, denominado habitualmente en nuestra jurisprudencia "elemento objetivo" en la subrogación empresarial regulada en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, sobre el cual declaró el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, interpretando la Directiva 77/187/CEE de 14 de febrero, en la sentencia de 15-12-98 :

"(...) para que la Directiva 77/187 sea aplicable, la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada... Así, el concepto de entidad remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (...) Dicha entidad, si bien debe ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial (...)"

La reciente sentencia de la sala de lo social del TSJ de Madrid de 22/9/2014 (rec nº 548/2014) dice: "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 para apreciar las circunstancias de hecho que caracterizan la operación de que se trata, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate. De ello resulta que la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios de la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 77/187 varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte de centro de actividad de que se trate. En particular, en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos.

La jurisprudencia mantiene como requisito esencial que los elementos cedidos patrimoniales constituyan una unidad de producción susceptibles de explotación o gestión separada, así pues no basta la simple transmisión de bienes, sino que éstos han de constituir un soporte económico suficiente para que continúe activa la acción empresarial precedente (STS 14-4-03). También se ha recordado la normativa y jurisprudencia comunitaria (STS 15-10-02 y 25-2-02) declarando que «no puede olvidarse que en esta problemática incide con especial trascendencia lo que se ha venido estableciendo en diversas Directivas Comunitarias - Directiva 77/187/CEE, del Consejo, de 14 de febrero, Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio y la más reciente Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo - en todas las cuales limita la sucesión a la previa existencia de la transmisión de empresas o centros preexistentes que conserven su identidad, como ha sido recogido en la versión actual del art. 44 del ET (la introducida en 2001). Esta exigencia de que la empresa permanezca en su identidad ha sido considerado elemento decisivo y determinante de la existencia o no de una sucesión empresarial como puede apreciarse en la STCEE de 18 de marzo de 1986 (Asunto Spijkers), habiendo señalado al respecto ese mismo Tribunal que aún cuando esa circunstancia se deduce normalmente del hecho de que la empresa «continúe efectivamente su explotación o que ésta se reanude», para llegar a dicha conclusión hay que tener también en cuenta «otros elementos, como el personal que la integra, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone» - SSTCE de 26-9-2000 (Asunto C-175/99 ; apartado 49), con cita de sentencias anteriores en el mismo sentido».

Y en este caso tras el examen de la documental aportada por las partes no cabe llegar a esa conclusión. Si bien es cierto que la empresa Urbaser ha aportado las facturas de compra de tres máquinas con las que se venía prestando el servicio, y que esas máquinas se han puesto a disposición del Ayuntamiento y que éste no acredita que sean de su propiedad como mantiene ni que viniera abonando la amortización que efectuaba la empresa Urbaser respecto al precio de venta de las mismas, hay que tener en cuenta el escaso valor de la misma en el momento de la entrega y que como se hace constar en la factura obrante al folio 216 expedida por Urbaser al Ayuntamiento, es de 1,21 euros. No consta por otro lado quien adquirió en su día el resto de los elementos puestos a disposición (contenedores etc) del Ayuntamiento cuando el Ayuntamiento ha asumido el servicio,



con lo que con esos datos no cabe concluir la existencia de una transmisión de elementos patrimoniales que podría determinar la obligación de subrogación del Ayuntamiento demandado, procediendo respecto al mismo la desestimación de la demanda.»

SEGUNDO: Se formulan por el recurrente, en primer lugar y por el 193 b), tres motivos referentes a los hechos probados 16º (bis), 17º y 19º para que se diga que los contenedores entregados fueron 200 y no 22 -hecho 16º que constan dos facturas más al folio 381 (tres carros de limpieza) y al folio 382 (doscientos contenedores) y que a 01/01/16 la empresa URBASER contaba con 1887 trabajadores en Madrid y en julio 2016 con 2094 trabajadores. Al respecto, si bien el motivo primero podría admitirse apareciendo como un error material la indicación de 22 contenedores en vez de 200 tal como se desprende de la propia acta de entrega (folio 364 y 365) no es posible la rectificación del hecho probado 17º al basarse en meras fotocopias (folio 381 y 382) documentos inidóneos en esta alzada. Sí se acepta la introducción de un nuevo hecho probado 19º que indique que «A 01/01/2016 la empresa URBASER cuenta en la Comunidad de Madrid con 1887 trabajadores y en el mes de julio de 2016 con 2094 trabajadores» .

TERCERO: Pasando a los motivos jurídicos se denuncia la infracción del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia que se cita motivos cuarto y quinto la del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la directiva 2001/23 del Consejo europeo motivo sexto y de esta en relación con los artículos 2 , 6 , 7 , 49 , 50 , 52 y 53 del Convenio Colectivo General del saneamiento público, limpieza viaria, riesgos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos y limpieza y conservación de alcantarillado (BOE 30/07/13) motivo octavo .

Se razona en definitiva que no era exigible en modo alguno la incoación de un ERE por lo que carece de base la declaración de nulidad y que además existe una obligación subrogatoria del Ayuntamiento al ser aplicable el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores . Y así es en efecto. El razonamiento de la sentencia que le lleva a declarar la nulidad de los despidos se contiene en los fundamentos de derecho cuarto y quinto que dicen:

«Con ello, procede entrara a analizar si se incurrió en nulidad del despido. Eran siete los trabajadores asignados al servicio de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos del Ayuntamiento demandado, manteniendo los actores la nulidad del despido por superarse los umbrales del artículo 51.1 del ET .

El artículo 51 ET, establece: " 1. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.*
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.*
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.*

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas. Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1. c), siempre que su número sea, al menos, de cinco.

Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52. c) en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto".



La empresa Urbaser se opone a la declaración de nulidad manteniendo que el ámbito que hay que tener en cuenta a efectos de determinar la nulidad de un despido por este motivo es la empresa y no el centro de trabajo. La empresa tenía en Enero de 2016 un total de 1.887 trabajadores.

En la reciente Sentencia del TS de 17 de octubre de 2016, | Recurso 36/2016, el TS en Pleno desestima el recurso de ZARDOYA OTIS frente a la sentencia del TSJ que estimó en parte la demanda del comité de empresa y declaró la nulidad de la decisión empresarial de extinguir individualmente 27 contratos del centro de Munguía (siendo 3100 el total de trabajadores de la empresa en sus diferentes centros), por constituir un despido colectivo y no haberse seguido el procedimiento reglado. Se trataba en dicha sentencia de determinar si la actuación empresarial constituye o no un despido colectivo en función de la unidad de referencia: la empresa en su conjunto o el centro de trabajo afectado. Y tras un pormenorizado análisis de la norma de derecho interno aplicable, la normativa comunitaria y las sentencias del TSJUE recaídas sobre la cuestión, concluye el TS con la interpretación del art. 51.1 ET conforme al Derecho Comunitario, que obliga a entender que el concepto de centro de trabajo, a efectos del despido colectivo, es el previsto en el art. 1.1 Directiva 98/59 [SSTJUE de 30-4-2015 (C- 80/14 , asunto Wilson), 13-5-2015 (C-392/13 , asunto Rabal Cañas)], suponiendo ello que la unidad de cómputo debe ser el centro de trabajo que emplea a más de 20 trabajadores en aquellos casos en los que los despidos que se producen en el centro de trabajo aisladamente considerado excedan tales umbrales; y debe ser la empresa cuando se superen los umbrales tomando como unidad de referencia la totalidad de la misma.

Respecto a centros de trabajo con menos de 20 trabajadores dispone dicha sentencia "Conforme a la Directiva 98/59 y desde la perspectiva puramente cuantitativa, solo puede aplicarse la normativa del despido colectivo en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 trabajadores, descartando la posibilidad de extender estas garantías a aquellos en los que presten servicios un número inferior.

Así lo establece claramente la antedicha STJUE al excluir los centros de trabajo con un menor número de trabajadores, lo que "sería contrario al objetivo perseguido de garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y, por otro lado, daría lugar a cargas muy diversas para las empresas obligadas a cumplir las obligaciones de información y de consulta en virtud de los artículos 2 a 4 de esta Directiva en función de la elección del Estado miembro de que se trate, lo que sería igualmente contrario al objetivo perseguido por el legislador de la Unión, que es equiparar las cargas en todos los Estados miembros ". Añadiendo en el apartado 64, que " esta interpretación no sólo incluiría en el ámbito de aplicación de la Directiva 98/59 a un grupo de trabajadores afectados por un despido colectivo, sino también, dado el caso, a un único trabajador de un centro de trabajo -que eventualmente podría hallarse adscrito a un centro de trabajo de una aglomeración distinta y alejada de otros centros de trabajo de la misma empresa-, lo que sería contrario al concepto de «despido colectivo» en el sentido habitual de dicha expresión. Además, el despido de ese trabajador único daría lugar a la aplicación de los procedimientos de información y consulta previstos en las disposiciones de la Directiva 98/59, las cuales no son adecuadas para casos individuales".

5.- El concepto de centro de trabajo al que se refiere el art. 1.1º de la Directiva 98/59 y que impone a la legislación interna la obligación de respetar las garantías que caracterizan los despidos colectivos, está exclusivamente referido a los centros en los que presten habitualmente servicio más de 20 trabajadores, no estando obligado el legislador nacional a reconocerlo en favor de aquellos otros que empleen a un menor número, como es lógico y razonable en función de esa dimensión plural del despido colectivo de la que ya hemos hablado antes, que necesariamente requiere una mínima incidencia cuantitativa en el número de trabajadores afectados en función de los destinados en el concreto centro de trabajo.

Lo contrario sería tanto como admitir que la normativa del despido colectivo fuese de aplicación en cualquier centro de trabajo por reducido que fuese, lo que ya hemos visto que niega la propia doctrina del TJUE, porque no se corresponde con lo dispuesto en el art. 1.1º de la Directiva 98/59 que claramente se limita a los centros que emplean a más de 20 trabajadores o en los que se hubieren producido un mínimo de 20 despidos. A salvo que la regulación interna de cada Estado pudiere establecer un sistema más favorable a los trabajadores en uso de la posibilidad que a tal efecto concede el art. 5 de la Directiva, incluyendo cualquier centro de trabajo con independencia del número de trabajadores destinados en el mismo, lo que no es el caso de nuestro art. 51.1º ET.

Motivo por el que la STJUE de 15 de mayo de 2015 (C-392/2013, asunto "Rabal Cañas "), concluye en su apartado 55, que no se alcanzaban ni el umbral establecido en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso i), primer guion, de la Directiva 98/59, ni ningún otro umbral de aplicación establecido en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de esta Directiva, dado que el centro de trabajo de Barcelona "no empleaba, durante el período de que se trata, más de 20 trabajadores", y en esas circunstancias, " la Directiva 98/59 no impone la aplicación de su artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), a una situación en la que no concurren todos los elementos de un umbral establecido en dicha disposición ", apartado 56.



Y sobre qué es centro de trabajo, el TS ha dicho en Sentencia de 24/2/2011 (rec 1764/2010) "El concepto de centro de trabajo tiene unos contornos indeterminados, pero ello no supone que pueda dejarse al arbitrio del empresario la decisión última de crear artificialmente o reconocer la existencia de un centro de trabajo.

Por otra parte, la circunstancia de que el centro no conste dado de alta administrativamente no impide que pueda ser afirmada su existencia, pues el alta no es un elemento constitutivo. Lo decisivo es que se aprecie la existencia de una unidad técnica de producción que, dentro del conjunto de la actividad de la empresa, sirva a la ejecución práctica de ésta. El centro de trabajo se configura como unidad simple, en donde se efectúa la realización de la actividad empresarial".

La misma reciente sentencia antes citada de 17/10/2016 establece "los diferentes ítems a tener en cuenta desde el punto de vista cualitativo para determinar cuándo una determinada unidad productiva de la empresa puede calificarse como centro de trabajo a efectos del despido colectivo, para concluir que " a efectos de la aplicación de la Directiva 98/59, puede constituir concretamente un « centro de trabajo», en el marco de una empresa, una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas.

Así pues, cabe concluir que los trabajadores y los medios puestos a su disposición para realizar el servicio de limpieza de un término municipal es una unidad productiva con entidad de centro de trabajo con estructura organizativa propia en el que los trabajadores iniciaban y terminaban su jornada laboral sin desplazarse a ninguna otra instalación de la empresa desde hace 10 años, contando con todos los medios necesarios para desarrollar su trabajo en su jornada laboral en ejecución de la actividad de la empresa.

QUINTO.- La misma Sentencia de 17/10/2016 tras hacer, en sus fundamentos séptimo y octavo, unas amplias reflexiones sobre la primacía vinculante del derecho de la Unión Europea y sus límites en litigios entre particulares y sobre la aplicación sobre la norma interna del principio de interpretación conforme al derecho de la Unión, termina concluyendo que

De todo lo razonado se desprende que nuestra normativa laboral no contrapone la empresa y el centro de trabajo como unidades de referencia empresarial necesariamente diferenciadas, sino que, por el contrario, los asimila y equipara en su tratamiento jurídico en todos esos aspectos tan esenciales y relevantes de las relaciones laborales.

6.- Lo que nos permite afirmar que la interpretación conforme de nuestra norma nacional es la que nos lleva a entender que su objeto no es otro que extender a la empresa la unidad de cómputo de los umbrales que separan el despido colectivo del objetivo, pero sin contener previsión alguna de la que se derive la exclusión de los centros de trabajo que reúnan esos mismos requisitos numéricos, dando con ello lugar a una confusa redacción que puede ser integrada con la aplicación del principio de interpretación conforme, que permite interpretar el precepto en el sentido de que procede su aplicación no solo cuando se superen los umbrales fijados en el mismo a nivel de la totalidad de la empresa, sino también cuando se excedan en referencia a cualquiera de sus centros de trabajo aisladamente considerados en el que presten servicio más de 20 trabajadores.

A lo que podemos añadir un argumento de singular trascendencia, cual es el hecho de que otra distinta interpretación daría lugar a un desigual, injustificado e irrazonable tratamiento de los trabajadores de aquellas empresas que cuentan con un solo centro de trabajo respecto a las que disponen de varios, permitiendo a estas últimas despedir individualmente a un número incluso superior a las otras, acudiendo al recurso de concentrar todas las extinciones en un único centro de trabajo.

7.- Nos queda por hacer una última consideración especialmente relevante.

Como hemos adelantado, la dimensión necesariamente plural del despido colectivo impide la aplicación de este régimen jurídico a cualquier centro de trabajo, lo que nos lleva a insistir en la circunstancia de que esa misma interpretación conforme al Derecho de la Unión del art. 51.1º ET obliga a entender que el concepto de centro de trabajo, a efectos del despido colectivo, no puede ser otro que el previsto en el art. 1.1º de la Directiva 98/59 , esto es, aquel que emplea habitualmente a más de 20 trabajadores, al ser este último requisito cuantitativo consustancial al propio concepto de centro de trabajo en los términos establecidos en la Directiva, sin que en la norma interna haya elementos que permitan ninguna otra posible interpretación diferente en materia de despidos colectivos, y con independencia de la consideración como centro de trabajo que pudieren tener a otros efectos las unidades productivas de la empresa en las que estuvieren empleados un número menor de trabajadores.

No se nos escapa que la aplicación de la regla del art. 51.1º letra a) ET supone un diferente tratamiento jurídico entre las empresas que disponen de varios centros de trabajo y las que tienen un único centro que no emplea a más de 20 trabajadores, pero ese resultado no es contrario a las previsiones de la Directiva en la medida en que supone una mejora en favor de los trabajadores de ese tipo de empresas con un único centro de trabajo, al



igual que en sentido contrario es más favorable a los trabajadores el cómputo conjunto de las extinciones en las empresas que cuentan con varios centros de trabajo".

En este caso, sin embargo, existe en nuestro derecho una norma más favorable al artículo 1.1 de la directiva art. 1.1 Directiva 98/59 como es el artículo 51 del ET en el párrafo 4º del apartado 1 que dispone que "Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior cinco, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente reseñadas". En este caso el centro de trabajo era de siete trabajadores y no se continuó la relación laboral con ninguno de ellos procediendo, en aplicación de esa norma más favorable que no establece la necesidad de que el número de trabajadores sea de 20 para considerar que el despido debía haber sido colectivo, procede declarar la nulidad del despido al no haberse seguido el procedimiento de despido colectivo, con la consecuencia de la obligación de readmisión respecto a la que se hará referencia en el fundamento de derecho siguiente.»

Es manifiesto el error que se contiene en el razonamiento *in fine* al confundir "empresa" con "centro de trabajo" tanto para el cómputo de los trabajadores como para el cese de actividad que refiere el párrafo cuarto del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. La empresa tiene como hemos visto al resolver la cuestión fáctica más de 2000 trabajadores en la Comunidad de Madrid y en modo alguno consta que haya cesado en su actividad por ello la declaración de nulidad y la subsiguiente de extinción carece manifiestamente de base.

Por otra parte no es cuestionable la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Del hecho probado 13º se desprende, sin asomo de dudas, que ha habido una sucesión de plantillas y del hecho 16º que ha habido una transmisión patrimonial del conjunto de medios materiales que permiten la continuidad productiva.

El acta de entrega (obrante al folio 364) es inequívoca pues habla incluso de "acto de entrega de la maquinaria a subrogar que comprende el patrimonio completo adscrito al servicio (tres vehículos recolector de carga, barredora urbana y vehículo caja abierta Nissan, tres carritos portacubos, un soplador, una desbrozadora, un esparcidor, 200 contenedores carga lateral y sesenta contenedores iglú, todos "en funcionamiento"), "en condiciones adecuadas, con la documentación en regla y en plena disposición de ser utilizada" y ni siquiera consta que el Ayuntamiento haya tenido que adquirir un material complementario relevante. Procede por ello estimar el recurso revocando la sentencia y absolviendo a la demandada pues no le es reprochable despido alguno (máxime cuando consta en el hecho probado 13º que los cuatro demandantes fueron contratados el 05/07/2016 cesaron en la prestación de servicios el día anterior por el Ayuntamiento (ello al margen de que tal contratación fuera exigencia del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y no pudiera por ello ser "temporal" lo que supondría una ilícita modificación de condiciones laborales pero no un despido).

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recuso revocamos la sentencia y absolvemos de los pedimentos de la misma a URBASER en cuanto el Ayuntamiento codemandado estaba obligado a la subrogación legal de los demandantes. Sin costas.

Procedase a la devolución del depósito constituido para recurrir, lo que se hará efectivo una vez haya adquirido firmeza la presente resolución.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-0211-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita



en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2828-0000-00-0211-17.

Una vez adquiriera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día 12/12/2017 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.