



Roj: **ATSJ PV 12/2014 - ECLI:ES:TSJPV:2014:12A**

Id Cendoj: **48020340012014200002**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **09/09/2014**

Nº de Recurso: **1285/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **ATSJ PV 12/2014,**
PTJUE 248/2015,
STSJ PV 3657/2015

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO SOCIAL

EAEko AUZITEGI NAGUSIA LAN-ARLOKO SALA

Barroeta Aldama 10-7ª Planta - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016656

N.I.G. / IZO: 48.04.4-13/009959

N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :48.020.44.4-2013/0009959

RECURSO DE LA SALA Nº/ SALAKO ERREKURTSOAREN ZK. : 1285/2014

TIPO DE PROCEDIMIENTO/ PROZEDURA-MOTA : Recurso de suplicación / Erregutze-errekurtsoa

Sobre / Gaia : Desp.extin.cont.

Jzdo. Origen / Jatorrikoepaitegia : Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao / BilbokoLan-arloko 10 zk.koEpaitegia

Autos de Origen / Jatorrikoautoak : Despidos / Iraizpenak983/2013

RECURRENTE/S/ ALDERDI ERREKURTSOGILEA/K : ADIF -ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS-

ABOGADO/ ABOKATUA : ALEXANDER ENRIQUE FRIAS BERMEJO

PROCURADOR/ PROKURADOREA :

RECURRIDO/S/ ALDERDI ERREKURRITUA/K : Leoncio , ALGEPOSA TERMINALES FERROVIARIOS SL y FOGASA

ABOGADO / ABOKATUA : ASIER KAMIRUAGA ARETXABAETA

PROCURADOR/ PROKURADOREA :

A U T O

ILTMO. SR.

PRESIDENTE:

MANUEL DIAZ DE RÁBAGO VILLAR

MAGISTRADOSS:

Don JUAN CARLOS ITURRI GARATE

Don JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA

En BILBAO (BIZKAIA), a nueve de septiembre de dos mil catorce.

En el recurso de suplicación nº 1285/2014, interpuesto por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (en adelante, ADIF) contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, de 17 de febrero de 2014, dictada en sus autos 983/2013, seguidos por despido, a instancias de D. Leoncio (en adelante, D. Luciano), frente a ADIF, Algeposa Terminales Ferroviarios SL (en adelante, ALGEPOSA) y el Fondo de Garantía Salarial (en adelante, FOGASA).

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sala, D. MANUEL DIAZ DE RÁBAGO VILLAR, quien expresa el criterio de la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El 30 de julio de 2013 se presentó por D. Luciano demanda, frente a ADIF y FOGASA, pidiendo que se declarase nulo o, en su defecto, improcedente el despido de que había sido objeto el día 14 de ese mes por ADIF, condenándola a readmitirle y pagarle los salarios dejados de percibir hasta la readmisión o, en el segundo de los casos y si así lo elige ADIF, a indemnizarle en la cuantía legal. El 14 de noviembre de 2013 amplió la demanda frente a ALGEPOSA, aunque sin petición frente a ella.

2.- El 17 de febrero de 2014 dictó sentencia dicho Juzgado por la que declaró improcedente el despido del demandante realizado por ADIF, condenándole a readmitirle y pagarle los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión, a razón de 69,05 euros/día, salvo que ésta eligiese pagarle una indemnización de 28.793,29 euros (lo que hizo), y, en cualquiera de ambos casos, con obligación del demandante de devolver a ALGEPOSA la indemnización que ésta le había abonado por la extinción del contrato de trabajo (9.577,87 euros).

3.- El Juzgado sustenta su decisión, en cuanto a la existencia de un despido por parte de ADIF, en su negativa a subrogarse en la relación laboral que hasta el 14 de julio de 2013 mantuvo el demandante con ALGEPOSA, a lo que estaba obligado conforme al art. 44 del vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), en su interpretación conforme a la normativa comunitaria (Directiva 2001/23/CE; en adelante, la DIRECTIVA), al estar ante un supuesto de reversión de contrata, existiendo un cliente fijo (RENFE OPERADORA) y unas infraestructuras afectas a la explotación de la misma (grúas), de uso obligado para el contratista, negándose a asumir al personal de ésta adscrito a la contrata por haber decidido efectuarlo con su propio personal.

4.- ADIF ha interpuesto, ante esta Sala, recurso de suplicación contra dicha sentencia pidiendo principalmente que la demanda se desestime por no estar obligada a subrogarse en la relación laboral del demandante ni de los restantes trabajadores de ALGEPOSA en su contrata; de manera subsidiaria, que la indemnización se reduzca.

5.-Recurso impugnado tanto por el demandante como por ALGEPOSA.

6.- La Sala, con carácter previo a dictar sentencia, acordó el 22 de julio de 2014 oír a las partes y al Ministerio Fiscal por cinco días sobre la pertinencia de plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial: *"La noción de traspaso de una entidad económica que mantiene su identidad, contemplada en el art. 1.b) de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, del Consejo ¿cabe entenderla excluida por el hecho de que una empresa que ha venido prestando a sus clientes un determinado servicio inherente a su propia actividad, para cuya ejecución son relevantes los elementos materiales (de los que es propietaria), sirviéndose inicialmente de otra empresa contratada al efecto y obligada a usar estos elementos, cuando aquélla decide asumir directamente su realización y hacerlo con su propio personal, excluyendo al que la contratista empleaba, de tal modo que el servicio se sigue llevando a cabo sin más cambio que el que proviene de la sustitución de los trabajadores que desarrollan la actividad y su sujeción a un empresario diferente?"*

7.- Han formulado alegaciones sobre dicha cuestión, en ese trámite: 1) ADIF, oponiéndose al planteamiento de la cuestión prejudicial por considerar que no es necesaria para estimar su recurso, al no existir transmisión de los elementos patrimoniales con que se desarrolla la actividad y resultar necesaria esa transmisión, en caso de reversión de contratas, conforme a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo; 2) el Ministerio Fiscal, que no se opone a su planteamiento por considerarlo relevante para poder determinar si se ha producido o no un supuesto de transmisión de empresa del art. 44 ET, interpretado al amparo del art. 1.b) de la DIRECTIVA, ya que no puede considerarse que la cuestión esté definitivamente aclarada por la jurisprudencia comunitaria.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Competencia

8.- Según el art. 19.3.b) del Tratado de la Unión Europea en su versión consolidada y art. 267, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (ambos, publicados en el DOUE de 30.3.10), cuando se plantee una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión con relevancia decisiva para la solución de un litigio nacional, el órgano judicial que lo resuelve puede plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se pronuncie sobre dicha cuestión con carácter prejudicial.

Objeto del litigio

9.- ADIF, entidad pública empresarial, es desde su creación por Ley 39/2003, de 17 de noviembre, sucediendo a RENFE, el titular del servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal en la terminal de Bilbao (en adelante, el SERVICIO), que ha venido atendiendo desde entonces mediante contrata con ALGEPOSA, cuyo objeto era más amplio, ya que también abarcaba similar servicio de la terminal de Irún y el de mantenimiento de los medios de manipulación y de maniobras de ambas. La contrata imponía que la manipulación de las cargas se tenía que hacer con las grúas propiedad de ADIF, tal y como se ha llevado a cabo. El cliente de ese tipo de tareas es RENFE OPERADORA. ADIF decidió que no prorrogaría la contrata del SERVICIO a partir del 30 de junio de 2013 y que pasaría a realizarlo directamente con su propio personal, negándose a asumir a D. Luciano y al resto de trabajadores que ALGEPOSA empleaba en la contrata, no atendiendo la solicitud de ésta para esa subrogación, ante lo cual ALGEPOSA procedió a un despido colectivo por causas productivas con efectos del 11 de julio de 2013, que afectó a tres trabajadores (entre ellos, D. Luciano). Éste, por entender que ADIF estaba obligado a subrogarse en su relación laboral por estar ante un supuesto de sucesión de empresa del art. 44 ET, en su interpretación conforme a la DIRECTIVA, le demandó por despido, siendo el punto central y decisivo del litigio determinar si estamos o no ante un caso de transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad, ya que nuestra legislación interna ha asumido la descripción del art. 1.b) de la DIRECTIVA. En el litigio, finalmente, el demandante no mantiene que haya otro título jurídico para ese deber, distinto a dicha legislación (convenio colectivo, contrato de trabajo u otros pactos).

10.- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social ha considerado que sí se daba ese supuesto y, por ello, ha estimado la demanda, declarando que D. Luciano ha sido objeto de un despido improcedente, condenando a ADIF a sus consecuencias legales (en concreto, dada la opción efectuada por éste, a una indemnización de 28.793,29 euros), con devolución de la indemnización que había percibido de ALGEPOSA por el despido colectivo (9.577,87 euros). Argumenta que el SERVICIO se mantiene, realizándose con los mismos medios materiales relevantes (las grúas, propiedad de ADIF y que ALGEPOSA estuvo obligada a utilizar), para el mismo cliente (RENFE OPERADORA) y en las mismas instalaciones (ADIF).

11.- El recurso de suplicación de ADIF niega que concurra ese supuesto del art. 44 ET y art. 1.b) de la DIRECTIVA. Alega, como argumento esencial para ello, que ALGEPOSA no le ha transmitido los medios materiales con que se realiza el servicio y son relevantes para el mismo (las grúas), ya que éstas siempre han sido propiedad suya, siendo ese el criterio mantenido por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en supuestos de reversión de contratas en el ámbito del sector público. Su recurso también plantea una segunda cuestión, para el caso de mantenerse el despido a su cargo, que es la cuantía de la indemnización y es ajena a las dudas que se suscitan en esta cuestión prejudicial.

Normativa de la Unión Europea cuya interpretación se plantea

12.- Las dudas de esta Sala afectan a la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, del Consejo, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Concretamente, a la interpretación de su art. 1.b), en relación con sus letras a) y c) -inciso inicial- y con el párrafo primero del art. 4.1, cuyo contenido reproducimos:

Art. 1.a): *"La presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión".*

Art. 1.b): *Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará traspaso a efectos de la presente Directiva 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 accesoria".*

Art. 1.c): *La presente Directiva será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. La reorganización administrativa de las autoridades públicas*



administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva".

Art. 4.1 (párrafo primero): *"El traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituirá en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo" .*

Jurisprudencia vinculada con esa normativa

13.- Para el Tribunal de Justicia de la Unión, la subrogación opera aún cuando lo transmitido no mantenga su autonomía organizativa, siempre que se mantenga el vínculo funcional entre los diferentes factores de producción transmitidos y que éste permita al cesionario utilizarlos para desarrollar una actividad económica idéntica o análoga (sentencia de 12 de febrero de 2009, C-466/2007, caso Klarenberg).

14.- También ha dicho que, en el marco del examen de la existencia de una transmisión de empresa o de centro de actividad con arreglo al art. 1 de la DIRECTIVA, en caso de una nueva adjudicación de un contrato y en el contexto de una evaluación de conjunto, para estimar que existe una transmisión de los elementos de explotación de la adjudicataria inicial a la nueva adjudicataria no es necesario que dichos elementos se hayan transferido con el fin de una gestión económica propia (sentencia de 15 de diciembre de 2005 , C-232 y 233/2004, caso Aeropuerto de Düsserdolf).

15.- Igualmente, ha resuelto que la Directiva se aplica en una situación en la cual una entidad contratante, que había encomendado mediante contrato la gestión completa de la restauración colectiva dentro de un hospital a un primer empresario, pone fin al citado contrato y celebra, para la realización de la misma prestación, un nuevo contrato con un segundo empresario, cuando éste utilice importantes elementos de activos materiales utilizados anteriormente por el primer empresario y puestos a su disposición después por la entidad contratante, aun cuando el segundo empresario haya manifestado la intención de no hacerse cargo de los trabajadores del primer empresario (sentencia de 20 de noviembre de 2003, C-340/2001, caso Sodexho).

Normativa y jurisprudencia nacional

15.- El art. 44 ET , en su redacción dada por el art. 2.2 de la Ley 12/2001, de 9 de julio , bajo el rótulo, *"la sucesión de empresa"* , dispone en lo que aquí interesa (sus dos primeros apartados): *"1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente".- 2. A los 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 accesoria".*

16.- La nueva redacción dada al artículo 44 ET por dicha Ley quiso adaptar nuestro derecho interno a la Directiva europea (concretamente a la 98/50/ CE, del Consejo, de 29 de junio, como expresamente se manifestaba en su exposición de motivos). A este respecto, el apartado 2 fue novedoso y vino a reproducir el contenido del art. 1.b) de aquella, mantenido en la actual DIRECTIVA, en patente muestra de que nuestro legislador nacional quiso que la descripción de la sucesión de empresa en nuestro derecho interno fuese la de la normativa de la Unión.

17.- Nuestro Tribunal Supremo, por su parte, ha sentado el criterio de que en los casos de reversión del servicio al titular del mismo, habrá o no sucesión de empresa en función de que concurran o no los supuestos propios de ésta en cualquiera de sus dos vertientes (patrimonial y de plantillas), como por ejemplo se daba en los casos resueltos por sus sentencias de 30 de mayo de 2011 (RCUD 2192/2010) -sucesión patrimonial - y 26 de enero de 2012 (RCUD 917/2011) -sucesión de plantillas-. Bien es verdad, sin embargo, que en la primera de ellas llega a esa conclusión porque considera que ha habido transmisión de elementos patrimoniales (se trataba del servicio de grúa municipal), que antes de la reversión eran propiedad de la contratista saliente, pasando a disponer de ellos el Ayuntamiento por haberlos incautado. Ahora bien, en esta sentencia razona que la solución sería opuesta, en estos casos de reversión, si no existiera transmisión de medios patrimoniales porque siempre se hubieran utilizado unos medios que son propiedad del titular del servicio.

18.- La doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia sí ha resuelto casos de reversión de contrata con puesta a disposición del contratista de los medios materiales relevantes para llevarla a cabo y no asunción, por el titular del servicio, de los medios personales empleados por aquél, al decidir realizarlos con su propio personal. Lo viene haciendo, sin embargo, en forma contradictoria: 1) por ejemplo, el de Castilla y León (Valladolid), en sentencia de 21 de febrero de 2007 (rec. 2358/2006 ,) ha estimado que concurría el deber de



subrogación por estar ante el supuesto de transmisión de empresa en el caso de reversión del servicio de gestión de una residencia de la tercera edad, tras finalizar su concesión administrativa; 2) nosotros mismos hemos resuelto lo contrario en el caso del servicio de gestión del depósito municipal de vehículos del Ayuntamiento de Santurtzi y de inmovilización, traslado y depósito de esos vehículos (sentencias de 26 de noviembre y 30 de diciembre de 2013 , y 28 de enero de 2014 , recs. 1960/2013 , 2106/2013 y 28/2014).

Razones para suscitar la cuestión prejudicial

19.- Si la Sala acude a este singular medio de colaboración judicial institucional es porque tiene dudas sobre el sentido del art. 1.b) de la DIRECTIVA y ello es relevante para resolver en uno u otro sentido el recurso de suplicación formalizado por ADIF.

20.- La duda nos la suscita que, entre los diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia sobre dicho precepto, no creemos que exista uno que directamente resuelva si quedan comprendido en la noción de traspaso de una entidad económica que mantiene su identidad, contemplada en dicho precepto, los casos de reversión de una contrata a la empresa pública titular del servicio por haber decidido ésta no prorrogarla y realizarla con sus propios medios personales, no subrogándose en los que empleaba la última contratista, cuando para la prestación del servicio son relevantes los medios materiales (en este caso, las grúas con que se manipulan las cargas) y éstos nunca los ha puesto la contratista sino el propio titular del servicio, que imponía su uso, de tal forma que con la reversión, el servicio se sigue realizando en las mismas condiciones y con los mismos medios materiales que antes, variando únicamente los personales.

21.- Cree esta Sala que, a la vista de las sentencias del Tribunal de Justicia que hemos mencionado, cabe deducir que la respuesta ha de ser la de que no cabe excluir el supuesto por esa mera circunstancia, bastando con la transmisión del derecho de uso de los medios materiales, aunque no se transfiera la propiedad (como sucede en esos casos), pero creemos que no estamos ante la doctrina del acto claro y nada mejor para comprobarlo que advertir ese parecer de nuestro Tribunal Supremo, avanzado en su sentencia de 30 de mayo de 2011 , que va en la solución opuesta; falta de claridad que también deviene de la contradictoria forma en que nuestros Tribunales Superiores de Justicia vienen resolviendo esa cuestión, en aplicación de esa misma legislación.

22.- De ahí que debamos plantear al Tribunal si el art. 1.b) de la DIRECTIVA, en relación con su art. 4.1, se opone a una interpretación de la legislación española destinada a darle efectividad, que excluya del deber de subrogación por el hecho de que una empresa del sector público, titular de un servicio inherente a su propia actividad y que precisa relevantes medios materiales, que ha venido realizando mediante contrata, imponiendo al contratista el uso de esos medios de su propiedad, decide no prorrogar la contrata y asumir directamente su realización, valiéndose de personal propio, excluyendo al que la contratista empleaba, de tal modo que el servicio se sigue llevando a cabo sin más cambio que el que proviene de la sustitución de los trabajadores que desarrollan la actividad y su sujeción a un empresario diferente.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA :

1.- Plantear la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

El art. 1.b) de la Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo de 2001 , en relación con su art. 4.1, ¿se opone a una interpretación de la legislación española destinada a darle efectividad, que excluya del deber de subrogación por el hecho de que una empresa del sector público, titular de un servicio inherente a su propia actividad y que precisa relevantes medios materiales, que ha venido realizando mediante contrata, imponiendo al contratista el uso de esos medios de su propiedad, decide no prorrogar la contrata y asumir directamente su realización, valiéndose de personal propio, excluyendo al que la contratista empleaba, de tal modo que el servicio se sigue llevando a cabo sin más cambio que el que proviene de la sustitución de los trabajadores que desarrollan la actividad y su sujeción a un empresario diferente?

2.- Remítase al Tribunal de Justicia, testimonio de esta resolución, junto al rollo del recurso y autos del Juzgado.

3.- Se suspende el curso de las presentes actuaciones mientras se resuelve la cuestión prejudicial.

Notifíquese esta resolución a las partes.

MODO DE IMPUGNARLA: mediante recurso de REPOSICIÓN ante este Tribunal, a presentar en la Oficina Judicial dentro de los CINCO DÍAS hábiles siguientes al de su notificación, con expresión de la infracción en que la resolución hubiera incurrido a juicio del recurrente (artículos 186.1 y 187.1 de la LRSJ.)



La interposición del recurso no tendrá efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida (artículo 186.3 de la LRSJ).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 25 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander, consignación que deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

El ingreso se deberá efectuar, o bien en la entidad bancaria indicada, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúa en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1285/14.

B) Si se efectúa 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 4699-0000-66-1285/14.

Están exentos de constituir el depósito para recurrir quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, quienes tengan la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos.

Así, por este nuestro Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.