



Roj: **STSJ PV 260/2016 - ECLI:ES:TSJPV:2016:260**

Id Cendoj: **48020340012016100164**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **02/02/2016**

Nº de Recurso: **2409/2015**

Nº de Resolución: **177/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ELENA LUMBRERAS LACARRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 2409/2015

N.I.G. P.V. 20.05.4-14/004297

N.I.G. CGPJ 20069.34.4-2014/0004297

SENTENCIA Nº: 177/2016

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 2 de febrero de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. D^a. GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y D^a. ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Pedro Miguel y AYUNTAMIENTO DE PASAIA - PASAIAKO UDALA contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 3 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 26 de junio de 2015, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Pedro Miguel frente a Aureliano, AYUNTAMIENTO DE PASAIA - PASAIAKO UDALA, FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A., SERBITZU ELKARTEA S.L., U.T.E. PASAIA y Cristobal.

Es Ponente la Iltma. Sra. Magistrada Dña. ELENA LUMBRERAS LACARRA, 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**.- Que D. Pedro Miguel ha venido prestando servicios para FCC S.A. desde 2/6/2000 con la categoría profesional de encargado, y un salario de 3.431,03 euros mensuales, con inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias.

SEGUNDO. Que en concreto prestó servicios como encargado para UTE LV SAN SEBASTIAN desde el día 2/6/2000 a 31/5/2002, y para FCC S.A. desde el día 1/6/2002 a 31/10/2014. Que en el último de los contratos suscrito el día 1 de junio de 2002 y convertido a indefinido el día 1 de noviembre de 2006, se reconoció al actor una antigüedad desde el día 2 de junio de 2000, para prestar servicios de limpieza viaria y recogida de basuras del Polígono 27, si bien el actor ha venido prestando servicios en varios centros de la empresa, en San



Sebastián Polígono 27, Polígonos de Urnieta, Astigarraga, recogida selectiva de residuos de Oiartzun, Lezo, Rentería, San Sebastián, Hernani, Usurbil y Lasarte.

TERCERO. Que el día 1 de diciembre de 2013 el actor fue destinado como encargado al servicio de limpieza viaria del Ayuntamiento de Pasaia, servicio adjudicado a la empresa UTE PASAIA, conformada por las empresas SERBITZU ELKARTEA S.L. y FCC, decisión adoptada por FCC tras la jubilación parcial del anterior encargado, Sr. Gregorio , manteniendo las mismas condiciones de trabajo y no habiendo mostrado el actor disconformidad alguna con tal decisión.

CUARTO. Que el día 10 de agosto de 2006 UTE PASAIA, integrada por la mercantil FOMENTO DE CONSTRUCCIONES y CONTRATAS Y SERBITZU ELKARTEA, y el Ayuntamiento de Pasaia suscribieron un contrato administrativo, cuyo objeto consistía en la prestación del servicio de limpieza de las vías públicas del término municipal de Pasaia (Guipúzcoa), fijándose un plazo de duración de ocho años.

QUINTO. Que el día 4 de marzo de 2014, el Pleno del Ayuntamiento de PASAIA, decidió gestionar el servicio de limpieza viaria de forma directa, y en fecha 20 de mayo de 2014, comunicó a UTE Pasaia la finalización del contrato administrativo suscrito el día 10 de agosto de 2014, por finalización del plazo pactado.

SEXTO . Que el Ayuntamiento de Pasaia solicitó a UTE PASAIA, que le remitiera los contratos, horas de trabajo y sueldo de los trabajadores que en ese momento trabajaban en el servicio de limpieza viaria para el Ayuntamiento de Pasaia, siendo remitido por UTE PASAIA tal información. Que en aquel momento en la UTE PASAIA, prestaban servicios para la limpieza viaria de Pasaia un total de 18 trabajadores, de los cuales quince tienen la categoría de peón, uno de ellos controlador de día, otro de encargado y el último, es decir el ahora demandante, de Oficial Administrativo de 1ª.

SEPTIMO . Que para llevar a cabo el servicio de limpieza viaria de forma directa, el Ayuntamiento de Pasaia tuvo que crear quince puestos de trabajo de operario de limpieza viaria, mediante una RPT de 2014, para lo cual el día 3 de julio de 2014 pactó con UTE PASAIA una prórroga del contrato que les vinculaba hasta el día 31 de octubre de 2014. Posteriormente, el día 13 de agosto de 2014 convocó las bases que había de regir el proceso de selección de quince funcionarios interinos.

OCTAVO. Que en ese proceso de selección fueron admitidas un total de 935 personas fueron admitidas en el proceso de selección, tras el cual el Ayuntamiento de Pasaia procedió a nombrar funcionarios para ocupar los puestos de operario de limpieza viaria ofertadas, a un total de 17 personas, de las cuales doce pertenecían a la plantilla de UTE PASAIA. Que el actor no fue seleccionado.

NOVENO. Que el Ayuntamiento ofreció en fecha 24 de octubre de 2014 a UTE PASAIA abonar la cantidad que a esta entidad le restaba por amortizar la maquinaria que adquirió específicamente para la ejecución del contrato suscrito con el Ayuntamiento, por un importe total de 149.097,83 euros. Que el día 3 de noviembre de 2014 la UTE PASAIA transfirió al Ayuntamiento de Pasaia el conjunto de vehículos que venía empleando para la ejecución de los servicios de limpieza.

DECIMO . Que el día 28 de octubre de 2014 UTE PASAIA remitió al actor una carta con el siguiente contenido literal:

"Por la presente le informamos que el próximo día 31 de octubre finaliza el servicio de Limpieza Viaria del Municipio de Pasaia, adjudicado a esta empresa, y que dicho servicio va a ser rescatado y prestado directamente por el Ayuntamiento de Pasaia.

El artículo 49 del convenio General del sector de limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos y limpieza y conservación de alcantarillado establece la subrogación del personal "En todos los supuesto de finalización, pérdida, rescisión, cesión, o rescate de una contrata, así como respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga la sustitución ente entidades, personas físicas o jurídicas que lleven a cabo la actividad de que se trate, los trabajadores de la empresa saliente pasarán a adscribirse a la nueva empresa o entidad pública que vaya a realizar el servicio., respetando ésta los derechos y obligaciones que disfruten en la empresa sustituida.

En consecuencia el 31 de octubre procederemos a darle de baja en la empresa".

UNDECIMO. Que el Ayuntamiento de Pasaia, no ha subrogado a ninguno de los trabajadores que anteriormente prestaban los servicios de limpieza viaria de esta localidad por orden y cuenta de UTE PASAIA.

DUODECIMO. Que el actor interpuso demanda contra FCC en el año 2013 junto con otros compañeros de trabajo en reclamación de diferencias salariales, tramitándose el procedimiento correspondiente en el Juzgado de lo Social nº 2 de San Sebastián registrado con nº 185/2013 , que terminó con un acuerdo extrajudicial



alcanzado por las partes en fecha 1 de noviembre de 2013, y el desistimiento expreso de la demanda por parte del actor.

DECIMOTERCERO. Que el demandante interpuso papeleta de conciliación ante la Sección de Conciliación de la Delegación Territorial de Trabajo de Guipúzcoa del Gobierno Vasco, celebrándose el correspondiente acto de conciliación, que terminó sin avenencia ante la imposibilidad para alcanzar un acuerdo."

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

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Pedro Miguel contra UTE PASAIA, integrada por la mercantil FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. Y SERBITZU ELKARTEA, contra el Sr. Aureliano y el Sr. Cristobal , así como contra el AYUNTAMIENTO DE PASAIA, contra el Ministerio Fiscal y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, DEBO DECLARAR Y DECLARO IMPROCEDENTE la extinción del contrato de trabajo del actor con efectos desde el día 31 de octubre de 2014, DEBIENDO de estar y pasar ambas partes por esta declaración, CONDENANDO al AYUNTAMIENTO DE PASAIA a que readmita al actor de manera inmediata en las mismas condiciones que tenía con anterioridad al despido practicado, con abono en este caso de los salarios dejados de percibir a razón de 114,37 euros diarios, desde la fecha de despido hasta que la readmisión tuviere lugar, o hasta que hubiere encontrado otro empleo, si tal colocación fuere anterior a dicha sentencia, y se probase por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación, o bien y a su elección, a que dando por rescindida definitivamente la relación laboral, le indemnice en la cantidad de 70.536,26 euros, absolviendo al resto de codemandados de las pretensiones deducidas en su contra.

El FOGASA deberá de responder del pago de estas cantidades en los términos previstos en el art. 33 del E.T .

La opción prevista en el párrafo anterior deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la presente resolución, sin perjuicio del recurso que contra la misma se pueda interponer. En caso de no ejercitar la misma, se entenderá que la demandada opta por la readmisión."

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de San Sebastián estima parcialmente la demanda interpuesta por D. Pedro Miguel contra UTE PASAIA integrada por la mercantil FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, SA y SERBITZU ELKARTEA, SL, contra el Sr. Aureliano y el Sr. Cristobal así como contra el Ayuntamiento de Pasaia y el Fondo de Garantía Salarial, declarando improcedente la extinción del contrato de trabajo del actor con efectos desde el día 31 de octubre de 2014 condenando al Ayto. de Pasaia a las consecuencias legales de dicha declaración, absolviendo al resto de los codemandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Interponen recurso de suplicación el Ayuntamiento de Pasaia y el trabajador demandante.

SEGUNDO.- Recurso de suplicación del Ayuntamiento de Pasaia.

El Ayuntamiento recurre en suplicación, en primer lugar, al amparo del artículo 193 b) de la LRJS , es decir, solicitando la revisión del relato de hechos probados de la sentencia de instancia.

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, pese a la expresión contenida en la Base 31-1 de la Ley de Bases 7/1989 , y construyendo el Recurso de Suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional (Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero).

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 193 de la LRJS , entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación:

a.-) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;

b.-) Que el error sea evidente;



c.-) Que los errores denunciados tengan trascendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;

d.-) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,

e.-) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige -como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan "concluyente poder de convicción" o "decisivo valor probatorio" y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente, pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.

Solicita el Ayuntamiento en primer lugar la revisión del hecho probado sexto para suprimir del mismo que "el Ayto de Pasaia solicitó a la UTE Pasaia que le remitiera los contratos, horas de trabajo y sueldo de los trabajadores que en ese momento trabajaban en el servicio de limpieza viaria para el Ayto. de Pasaia siendo remitido por la UTE Pasaia tal información". Entiende que no procede dar por probado tal texto pues en el contrato administrativo se contiene que una de las obligaciones de la contratista era la de entregar la mencionada información al Ayto pero lo es únicamente con la finalidad de que el Ayto pueda controlar los deberes laborales de la empresa respecto a sus trabajadores, no con la finalidad de su posterior subrogación. No procede acceder a tal petición de supresión de dicho texto pues lo cierto es que consta probado en autos (documentos 9 a 16) que el Ayto requirió a UTE Pasaia la citada documentación que le fue remitida por ésta sin que proceda efectuar ahora valoraciones sobre cuál fue la finalidad de dicha solicitud.

En segundo lugar solicita la revisión del hecho probado noveno para hacer constar que el contrato de concesión del servicio de limpieza viaria preveía el deber legal de reversión gratuita al Ayto de maquinaria que aquélla había adquirido específicamente para la ejecución del contrato si bien el Ayto ha debido de abonar a la contratista una indemnización en la cantidad que faltaba de amortizar a la finalización del contrato y que por este motivo el día 3 de noviembre de 2014 la UTE Pasaia transfirió al Ayto de Pasaia el conjunto de vehículos que venía empleando para la ejecución de los servicios de limpieza. Se basa para ello en la cláusula del contrato de gestión del servicio público de limpieza viaria según el cual al finalizar la contrata todo el material de cualquier tipo adscrito a la contrata y adquirido por el adjudicatario pasará a ser propiedad municipal sin coste alguno. No se estima tal revisión pues consta en los autos (documentos 30 y 31 a 42) facturas que justifican la transferencias de los vehículos así como el abono por parte del Ayto de Pasaia de todos los elementos utilizados en la ejecución del trabajo. Consta además que el Ayto abonaba a la adjudicataria un canon y que una parte del mismo correspondía a la maquinaria y equipos de trabajo según un plan de amortización previsto de 10 años, y que como la contrata finalizó antes de plazo el Ayto tuvo que pagar la parte que faltaba para adquirir la propiedad de los bienes. De todas formas lo relevante es que hubo un traspaso de los medios materiales necesarios para la ejecución de la contrata.

A continuación el Ayuntamiento solicita la adición de un párrafo al hecho probado noveno relativo a que tales medios materiales no son esenciales para la prestación del servicio de limpieza viaria, que el Ayto los recibió en mal estado o que cuenta con una unidad económico-productiva para la prestación de diversos servicios, hechos que no se desprenden de documental alguna y por tanto se desestiman.

Por igual motivo se desestima la última petición revisora al pretender adicionar un nuevo hecho probado según el cual el Ayto cuenta con infraestructura, organización empresarial y personal propios para prestar el servicio de limpieza viaria, datos que no se contienen en documental alguna y además resultan irrelevantes para la resolución de la litis.

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



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

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

CUARTO.- Con amparo en el precitado artículo 193-c) de la LRJS, impugna el recurrente la Sentencia de instancia, alegando que el despido del trabajador debió declararse nulo por vulneración de la garantía de indemnidad.

Sostiene el Ayuntamiento recurrente que pese a que el contrato administrativo firmado el 10 de agosto de 2006 tenía previsto un plazo de vigencia de 8 años, FCC conocía desde el mes de octubre de 2013 la intención del Ayuntamiento de recuperar la prestación del servicio de limpieza viaria y que por tanto el hecho de que FCC destinara al actor a la UTE Pasaia el 1 de diciembre de 2013, sabiendo que la contrata se iba a rescindir, supone una represalia contra el trabajador.

Sin embargo, si atendemos al relato de hechos probados de la sentencia recurrida, consta que la notificación de la no prórroga del contrato adjudicado a UTE Pasaia la realizó el Ayuntamiento el 20 de mayo de 2014 y que el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento por el que decidió gestionar el servicio de limpieza viaria de forma directa fue del día 4 de marzo de 2014, sin que se haya probado, más allá de meras suposiciones, que FCC tuvo conocimiento previo de que el Ayto pensaba rescatar el servicio citado. Por tanto no puede deducirse que FCC lo destinara, en diciembre de 2013, a la contrata de limpieza viaria de Pasajes para que su contrato se viera afectado por la decisión del Ayuntamiento de revertir la contrata, pues FCC tuvo conocimiento de tal hecho en mayo de 2014. Y por otra parte, consta asimismo que el actor interpuso una demanda contra FCC en el año 2013 que finalizó por acuerdo extrajudicial entre las partes del día 1 de noviembre de 2013, desistiendo expresamente el actor. Por tanto, ese lapso temporal unido al hecho de que fueron un total de 18 los trabajadores afectados por la decisión extintiva impide considerar que en el despido del actor se produjo la indicada vulneración de derecho fundamental, por lo que se desestima el motivo del recurso.

QUINTO.- En el último motivo del recurso, y con base en el artículo 193 c) de la LRJS, el Ayuntamiento denuncia la infracción por la sentencia de instancia del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia que lo interpreta, con cita de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída en el asunto 463/2009.

Entiende el Ayto que no procede la aplicación de la Directiva europea 2001/23/CE por tratarse en este caso de un Ayto. quien ha rescatado un servicio público y lo presta con personal y organización propios, sin que podamos llegar a la conclusión de que ha operado una sucesión empresarial.

El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, en tanto reconoce el derecho de los asalariados a conservar su empleo cuando su empresario transmite a otro sujeto la explotación del negocio, contiene una norma de derecho necesario a virtud de la cual el nuevo empresario queda subrogado en sus contratos de trabajo por imperativo legal.

Se trata de una norma indisponible cuyo cumplimiento no pueden eludir las Administraciones Públicas, que están sometidas a la legislación laboral y al principio de legalidad. De ahí, que su contenido no puede quedar enervado por lo establecido en el pliego de condiciones que regulaba sus relaciones con la adjudicataria que, en todo caso, no estaba pensado para la hipótesis de que el Ayuntamiento se hiciese caso de la gestión directa del servicio en las condiciones en que lo hizo. Y tampoco por el hecho de que el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de las Instituciones Locales vascas imponga la obligación de subrogación a las sucesivas adjudicatarias de contratos públicos respecto de un mismo servicio y no la contemple para la Administración contratante en el caso de recuperar el servicio.

Sentada la anterior premisa es ya momento de analizar si la situación enjuiciada encuentra encaje en la noción que del instituto de de la sucesión o transmisión de empresa ofrece el apartado 2 del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, en términos similares a los del artículo 1.1.b) de la Directiva 2001/23 que traspone, el cual, a su vez, incorpora, la doctrina comunitaria recaída en interpretación del artículo 1.1 de la Directiva 77/187.



Conforme a lo dispuesto en dichos preceptos, tal figura concurre cuando una persona física o jurídica, pública o privada, hace suyos un conjunto organizado de personas y elementos que le permiten desarrollar la actividad económica de que se trate, o dicho en otros términos, cuando tras el cambio de titular se mantiene la identidad de la entidad económica.

Conforme a esta definición, y a la jurisprudencia comunitaria y social que la recrea, citada en la sentencia recurrida, para que en el contexto de la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a una entidad pública, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio, pueda apreciarse una sucesión de empresa, con la consiguiente obligación de subrogación contractual, no basta que la Administración siga realizando esa actividad, como en el caso al que se enfrentó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 20 de enero de 2011 (asunto C-463/09), siendo necesario que el cambio en la gestión del servicio vaya acompañado de la transmisión de elementos significativos, que, en sectores que descansan básicamente en la mano de obra, como el de limpieza pública viaria, y en el que la empresa, en cuanto entidad económica organizada, se identifica fundamentalmente con el elemento personal, puede ser la incorporación de un número significativo de los trabajadores que la empresa concesionaria dedicaba a la prestación del servicio.

Así ha sido interpretado recientemente por la Sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2015 (asunto 509/2014) en la que se dice: "El Tribunal de Justicia ha considerado asimismo que la Directiva 2001/23 es aplicable a una situación en la que una empresa que confía a otra empresa la ejecución efectiva de determinadas tareas decide poner fin al contrato que la vincula a ésta y ejecutar por sí misma esas tareas (véase, en este sentido, la sentencia CLECE, C-463/09, EU:C:2011:24, apartado 31). De ello se desprende que no cabe excluir que la Directiva 2001/23 sea aplicable a una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato y explotar ella misma esa actividad con su propio personal". Y finalmente el TJUE declara: "El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal".

SEXTO.- Y aplicando dicha doctrina al caso que nos ocupa seguimos la sentencia de esta Sala de 21 de julio de 2015 (recurso 1300/2015), dictada en el supuesto de otro trabajador afectado por la misma contrata, y en la que dijimos: "En el supuesto enjuiciado, el Ayuntamiento asumió tres elementos fundamentales del servicio de limpieza viaria de Pasaia. En primer lugar, recobró la disponibilidad sobre las instalaciones y dependencias de su propiedad utilizadas en la ejecución del servicio. En segundo lugar, recibió del adjudicatario los elementos patrimoniales fundamentales de la explotación, como son los vehículos, la maquinaria y los equipos empleados en la prestación del servicio, que aquél había adquirido, y tenían un importante valor económico, abonándole, además, 123.221,35 euros, cantidad que restaba por amortizar respecto a la maquinaria comprada para la ejecución del contrato. En tercer lugar, la entidad local incorporó a 12 de los 15 peones adscritos a la contrata.

En lo que respecta a la toma en consideración de este último factor, se puede oponer que el Ayuntamiento no contrató a los 12 peones en régimen laboral, sino que les nombró funcionarios interinos, después de superar las pruebas selectivas convocadas al efecto, pero frente a esta objeción hay varias circunstancias que impiden otorgar virtualidad enervatoria de la sucesión empresarial a ese dato, a saber:

a) Inicialmente, el Ayuntamiento requirió a la adjudicataria mediante escrito de 20 de mayo de 2014 para que le comunicase los contratos y condiciones de trabajo del personal de limpieza viaria, con la previsible intención de subrogarse en sus contratos.

b) Posteriormente, ante las conclusiones alcanzadas y las propuestas efectuadas por la Técnica del Departamento de Organización y Recursos Humanos mediante escrito de 2 de junio de 2014, y ante el hecho de que el personal de la UTE tenía mejores condiciones laborales que el personal de su plantilla (folio 335), el Ayuntamiento decidió prorrogar la duración de la contrata a fin de cubrir de forma temporal 15 puestos de trabajo de operario de limpieza viaria, estableciéndose en las bases de la convocatoria que en la fase de concurso se valoraría la experiencia obtenida en los puestos de trabajo ofertados. Ello supone que los aspirantes que trabajando para la UTE, superasen la fase de oposición tenían prácticamente garantizada la



plaza frente a los restantes (en total se presentaron 931), como así sucedió (las once primeras plazas y la decimotercera fueron adjudicadas a personal del, UTE como resulta de los listados de los folios 320 y 535), sin que conste si los otros tres peones participaron en la convocatoria o alguno no lo hizo. Es de notar, además, que de los 12 peones varios habían trabajado ya para el Ayuntamiento como funcionarios interinos antes de que en agosto de 2006 se incorporaran a la UTE (folios 598-599).

No desconoce la Sala las dificultades que en el plano jurídico-laboral, provoca la "remunicipalización" de un servicio público, pero el ordenamiento jurídico ofrece instrumentos que permiten superarla, sin que tal problemática pueda justificar la inaplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores cuando, como sucede en este caso, concurren los presupuestos legales".

De la misma forma en este caso entendemos que la decisión del Ayuntamiento de Pasaia de no subrogar al trabajador demandante constituye un despido, por estar obligado el Ayuntamiento a subrogarse en su relación a partir del 31 de octubre de 2014, que encuentra amparo legal en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores .

Por todo lo expuesto procede la desestimación del recurso de suplicación.

SEPTIMO.- Recurso de suplicación de D. Pedro Miguel .

En el primer motivo de su recurso el trabajador, con apoyo legal en el artículo 193 c) de la LRJS , denuncia la infracción por la sentencia de instancia de los artículos 97 de la LRJS , 267 de la LOPJ y 209 , 214 , 215 y 218 de la LEC . Entiende que la sentencia no ha identificado debidamente a la totalidad de los demandados y además no ha existido pronunciamiento alguno sobre la denunciada infracción del artículo 43 ET (cesión ilegal) que planteó en su demanda.

Sobre la primera cuestión, entiende el recurrente que la sentencia tanto en su encabezamiento como en el fallo debió señalar que además de la UTE estaban demandadas sus empresas integrantes, esto es, FCC y Serbitzu Elkartea, SL.

A pesar de que efectivamente el actor demandó a la UTE y a las empresas que la integraban de forma individualizada, sin embargo ninguna eficacia práctica ni perjuicio alguno se ocasiona al trabajador por el hecho de que no se mencione expresamente a las empresas a título individual.

La jurisprudencia del TS ha proclamado la responsabilidad solidaria de las empresas integrantes de la UTE por los actos y operaciones concertadas en beneficio del común, y ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 18/1982 de 26 de noviembre sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y sociedades de desarrollo regional. Así el TS en sentencia del 12 de Junio del 2007 señala:"admitida la constitución de la UTE, la Ley 18/1982 de 26 de mayo sobre el Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresa y Sociedades de Desarrollo Regional establece la responsabilidad solidaria frente a terceros de los miembros integrantes por los actos y operaciones en beneficio del común. Como indica la Sentencia de 28 de enero de 2002 , crea el instituto de la responsabilidad solidaria de las empresas miembros de la "agrupación" o "asociación temporal" frente a terceros acreedores en el cumplimiento obligacional, no sólo circunscritos al ámbito de los deberes fiscales, sino de cualesquiera otras obligaciones dimanantes de los actos y operaciones que por constituir el objeto o actividad para la cual nació esa "unión" vienen siendo realizadas con el común denominador del beneficio conjunto de todos sus componentes,... al demandarse a la Agrupación, se está demandando también a las personas jurídicas que la integran como titulares de la empresa, una de las cuales compareció en autos, siendo admisible, como dice la recurrida, que "por la peculiaridad de la figura y por el carácter solidario de la responsabilidad que contraen las empresas integrantes, que actúe en el proceso solamente UTE, o las empresas, o conjuntamente éstas con aquélla, sin que ello deba suponer la apreciación de ningún defecto de legitimación. En definitiva, siempre se llegará a la responsabilidad de las empresas integrantes en la fase de efectividad del crédito".

En segundo lugar sobre la alegación efectuada de la falta de pronunciamiento expreso de la sentencia de instancia sobre la posible cesión ilegal (artículo 43 ET) debemos señalar: que no se ha solicitado la nulidad de las actuaciones (artículo 193 a) LRJS) para, en su caso, suplir esa omisión de pronunciamiento; que tampoco se argumenta en el recurso por la vía del artículo 193 c) LRJS sobre los elementos que, a juicio del recurrente, permiten llegar a la conclusión de que estamos ante un supuesto de cesión ilegal; y además, y lo que es importante, dado que como hemos señalado la UTE no tiene personalidad jurídica propia distinta de las empresas integrantes de la misma y por tanto ningún sentido tiene hablar de cesión ilegal de FCC a la UTE cuando en definitiva la condena o absoluciónde la UTE supone la de las empresas que la integran.

OCTAVO.- El trabajador solicita varias revisiones fácticas al amparo del artículo 193 b) que no se admiten pues, tratando de introducir posibles elementos de hecho para llegar a la conclusión de la existencia de una cesión ilegal como hemos dicho nada argumenta más tarde por la vía del artículo 193 c) sobre la misma y



además ya hemos indicado que tampoco en este caso podríamos hablar de cesión ilegal. Sí se admite la revisión del hecho probado sexto destinado a hacer constar que el demandante era encargado del servicio, no Oficial Administrativo de 1ª.

NOVENO. - En el motivo del recurso destinado a la revisión jurídica el trabajador sostiene que su despido es nulo por vulneración de la garantía de indemnidad, con vulneración por la sentencia de instancia de los artículos 55.5 del ET , 24.1 de la CE y 96.1 y 181.2 de la LRJS . Ya hemos dado respuesta a esta cuestión desestimado la nulidad del despido del actor y por tanto desestimamos el recurso.

DECIMO.- No procede hacer declaración sobre costas del recurso del trabajador, por gozar el recurrente vencido en esta instancia del beneficio de justicia gratuita (artículos 235-1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , y 2-2-d) de la Ley 1/1.996, de 10 de Enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita).

Procede la imposición de las costas al Ayuntamiento por la desestimación de su recurso (artículo 235 LRJS) incluidos los honorarios del letrado de la parte impugnante en cuantía de 500 euros, así como la pérdida del depósito necesario para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto.

FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Ayuntamiento de Pasaia contra la sentencia dictada el día 26 de junio de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 3 de San Sebastián en autos 862/2014 a instancia de D. Pedro Miguel , confirmando la misma en su integridad.

Procede la imposición de costas a la entidad recurrente incluidos los honorarios del letrado de la parte impugnante en cuantía de 500 euros, así como la pérdida del depósito necesario para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto.

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Pedro Miguel contra la sentencia dictada el día 26 de junio de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 3 de San Sebastián en autos 862/2014 frente al Ayuntamiento de Pasaia y la UTE PASAIA integrada por la mercantil FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, SA y SERBITZU ELKARTEA, SL, contra el Sr. Aureliano y el Sr. Cristobal confirmando la misma en su integridad, sin imposición de costas.

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 Iltmo/a. Sr/ a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar** , al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-2409/15.



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 4699-0000-66-2409/15.

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 régimen 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 CENDOJ