

**ASUNTO : LABORAL**

No existe subrogación empresarial cuando el Ayuntamiento asume directamente sin transmisión de elementos patrimoniales el servicio al poner fin al contrato con la empresa concesionaria

STS 4710/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Junio de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. José Manuel Calvo Blázquez, en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de Yunquera de Henares (Guadalajara), frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Albacete) de fecha 1 de junio de 2010, dictada en el recurso de suplicación número 106/10 , formulado por D. URBASER, S.A., contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Guadalajara de fecha 30 de julio de 2009 , dictada en virtud de demanda formulada por D^a Debora , frente a Urbaser, S.A. sobre despido.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de recurridos Urbaser y D^a Debora , representados por los letrados D. Carlos David Jiménez Díez-Canseco y Dña. Luz María Alvaro Ruiz, respectivamente.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de julio de 2009, el Juzgado de lo Social número 2 de Guadalajara, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda presentada por D^a Debora debo declarar y declaro la improcedencia del despido practicada por la demandada, URBASER, S.A., condenando a ésta a que opte, en un término de cinco días (en el caso de no hacerlo se entenderá que opta por la readmisión), entre readmitir al trabajador demandante o indemnizar en la cuantía que resulta por aplicación de lo dispuesto en el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores , una indemnización de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, de lo que resulta un total de 5.186,30 euros (45 x 3.33 años de antigüedad x 34,61 euros/día de salario bruto con prorrateo de extras). Que de igual forma, URBASER, S.A., resulta condenada al abono de los salarios de tramitación, devengados desde la efectividad del despido (31.03.99), hasta la fecha de notificación de esta sentencia (ambos inclusive), a razón de la cantidad de 34,61 euros/día. Absolviendo al Excmo. Ayto. de Yunquera de Henares de cada uno de las pretensiones que en su contra han sido formuladas, desestimando la demanda en todo lo demás".

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: Que la actora ha venido prestando servicios para URBASER, S.A., con una antigüedad de 01.12.05 y con una categoría profesional de PEÓN DE LIMPIEZA. SEGUNDO: Que la actora percibe en concepto de salario bruto mensual con inclusión de pagas extras, por los servicios prestados, la cantidad de 1.038,56 euros, de lo que resulta un salario/día de 34,61 euros. Resultado del siguiente prorrateo, en función de la cantidad percibida en concepto de salario bruto, con inclusión de pagas extras y en vista a las nóminas de los meses de: Noviembre 2008: la cantidad de 1.013,56 euros. Diciembre de 2008, la cantidad de 1.098,56 euros. Enero de 2009, la cantidad de 1.053,56 euros. Febrero de 2009, la cantidad de 1.013,56 euros. Marzo de 2009, la cantidad de 1.013,56 euros. TERCERO: Que el Excmo. Ayto. de Yunquera de Henares mediante acuerdo adoptado en sesión plenaria celebrada el 26.08.08, resuelve poner fin al contrato del servicio de limpieza viaria suscrito con Urbaser, S.A., con efectos de 01.12.08. CUARTO: Que Urbaser, s.a, recibe comunicación del Ayuntamiento mediante escrito con fecha de 11 de marzo de 2009 y con el siguiente texto: "Tal y como se le comunicó en

fecha de 27 de agosto de 2008, el Pleno de la Corporación acordó no ejercer la opción de prórroga del contrato que para la gestión del servicio de limpieza viaria mantenía con Urbaser, s.a., por lo que el mismo finalizó el pasado uno de diciembre, todo ello sin perjuicio de que la concesionaria continuara con la prestación del servicio hasta resolver el nuevo proceso de adjudicación. No obstante la crisis económica sobrevenida desde entonces, hace aconsejable que sea el Ayto. con sus propios medios, tanto técnicos como personales, quien preste el servicio. Por todo ello se anticipa que desde el próximo uno de abril, el servicio de la limpieza viaria municipal se ejercerá directamente por este Ayuntamiento, dándose por finalizada definitivamente la relación contractual existente hasta la fecha con Urbaser, s.a." QUINTO: Que la demandante recibe comunicación escrita, emitida por URBASER, S.A., cuya fecha no consta, firmada por aquélla y con el siguiente texto: "Por medio de la presente le comunicamos que con fecha de 31 de marzo de 2009, la empresa URBASER, S.A. deja de prestar servicio de limpieza viaria de Yunquera de Henares (Guadalajara), por lo que a partir del 1 de abril de 2009, usted prestará servicios para el Ayto. de esta localidad, quedando regulada la presente subrogación por lo dispuesto en el art. 49 del Convenio General de Sector de Limpieza Pública, Viaria, Riegos, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos y Limpieza y Conservación del Alcantarillado". SEXTO: Que la demandante se dirige al Excmo. Ayto. de Yunquera de Henares, obteniendo la siguiente respuesta en forma de escrito, fechado el 1 de abril de 2009 y en el que de manera literal se refiere: "Habiéndose personado en estas dependencias municipales alegando cumplir con lo establecido en escrito que la empresa Urbaser, s.a., para la que venía prestando servicio hasta el día de la fecha, le ha notificado, mediante el presente les venimos a comunicar que este Ayuntamiento está estudiando jurídicamente el caso y en breve espacio de tiempo resolverá sobre el particular, decisión que le será comunicada oportunamente." SÉPTIMO: Que el Ayuntamiento desestima la reclamación previa a la vía judicial laboral interpuesta por la demandante, mediante resolución escrita, firmada por la interesada y fechada el 12.05.09. OCTAVO: Que la actora presentó papeleta de conciliación el día 16.04.09. El acto de conciliación se celebró sin avenencia el día 30.04.09. NOVENO: Que la trabajadora no ostenta ni ha ostentado, en el año anterior al despido, representación legal o sindical de los trabajadores en la empresa demandada, URBASER, S.A..

TERCERO.- La citada sentencia fué recurrida en suplicación por el letrado D. Carlos David Jiménez Díez-Canseco en nombre y representación de URBASER, S.A., dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, sentencia con fecha 1 de junio de 2010 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimando el recurso de suplicación formulado por URBASER, S.A. contra la sentencia de fecha 30 de julio de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Guadalajara , en autos 633/09 sobre despido, siendo partes recurridas D^a Debora y el AYUNTAMIENTO DE YUNQUERA DE HENARES, revocamos la referida sentencia y, estimando la demanda de D^a Debora respecto del AYUNTAMIENTO DE YUNQUERA DE HENARES y desestimándola respecto de URBASER, S.A., declaramos improcedente el despido realizado por el AYUNTAMIENTO referido la demandante con fecha de efectos 1-4-09, condenando al referido Ayuntamiento a que a su opción (a ejercitar por escrito o comparecencia de cinco días a contar desde la notificación de la presente) la readmita o le abone una indemnización de 5.186,30 euros y a que le abone los salarios dejados de percibir desde el despido a la notificación de la sentencia a razón de 34,61 euros día y absolvemos a URBASER, S.A."

CUARTO.- El letrado D. José Manuel Calvo Blázquez, en nombre y representación del EXCMO. AYUNTAMIENTO DE YUNQUERA DE HENARES (GUADALAJARA), mediante escrito presentado el 13 de julio de 2010, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de fecha 8 de abril de 2010, (recurso nº 157/2010). SEGUNDO.- Se alega la infracción por aplicación indebida del art. 44 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores , en relación con la Directiva Comunitaria 2001/23 /CE, y los arts. 2, 6, 7, 49, 52 y 53 del Convenio General del Sector de Limpieza Pública Viaria, Riegos, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos y Limpieza y Conservación del Alcantarillado (BOE 07/03/1996).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de estimar la improcedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de junio de 2011, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se debate en este recurso consiste en determinar si el Ayuntamiento de Yunquera de Henares, aquí recurrente, debe asumir, por subrogación empresarial, el personal de la codemandada Urbaser, S.A., que prestaba el servicio de limpieza viaria que le había sido contratado por dicho

Ayuntamiento, una vez producida la reversión de dicho servicio, para ser prestado directamente por el ente municipal.

La actora venía prestando servicios para la empresa Urbaser, S.A. con la categoría profesional de peón de limpieza. El Ayuntamiento de Yunquera de Henares acordó la finalización del contrato de servicio de limpieza viaria que tenía suscrito con dicha empresa con efectos de 1 de diciembre de 2008, sin perjuicio de que la concesionaria continuara con la prestación del servicio hasta que se resolviera el proceso de adjudicación. La citada empresa recibió el 11 de marzo de 2009 comunicación del Ayuntamiento diciendo que desde el próximo día 1 de abril el servicio de limpieza viaria municipal se prestaría directamente por el Ayuntamiento, dando por finalizada definitivamente la relación entre ambas entidades. Como consecuencia de lo anterior la empresa comunicó a la actora que desde dicha fecha pasaría a prestar servicios para el Ayuntamiento conforme al artículo 49 del Convenio colectivo General del Sector de Limpieza Pública Viaria, Riesgos, Recogida Tratamiento y Eliminación de Residuos y Limpieza y Conservación de Alcantarillado. La actora se dirigió al Ayuntamiento que le comunicó que "en breve tiempo resolverá sobre el particular".

Formuló demanda la actora, dictándose sentencia en la instancia que declaró la existencia de un despido improcedente condenando a Urbaser, S.A. a las consecuencias de dicha declaración, con absolución del Ayuntamiento. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 1 de junio de 2010 ha estimado el recurso de la empresa a la que absuelve de los pedimentos de la demanda, condenando al Ayuntamiento. La citada sentencia ha admitido dos modificaciones fácticas. La primera para hacer constar que la comisión mixta paritaria consideró que el capítulo XII referente a la subrogación del personal es de estricta aplicación a la totalidad de las empresas, asociaciones y entidades tanto públicas como privadas; acuerdos de la comisión mixta que -según el artículo 14 del convenio- tendrán la misma eficacia que la norma convencional que haya sido interpretada. Y la segunda , para constatar que el 24 de marzo de 2009 Urbaser entregó al Ayuntamiento la documentación recogida en el artículo 49 del convenio. Argumenta la sentencia que el servicio de limpieza viaria que el Ayuntamiento pasa a realizar es de competencia municipal y una de sus actividades genuinas o propias, sin que conste que el Ayuntamiento tenga convenio propio por lo que le resulta de aplicación el Convenio Estatal del Sector, conforme el acuerdo de la comisión mixta.

Recorre el Ayuntamiento demandado en casación para la unificación de doctrina, aportando de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 8 de abril de 2010 que contempla un supuesto de hecho idéntico -en cuanto a las entidades demandadas, finalización de la contrata por asumir el Ayuntamiento la limpieza viaria, y comunicación a la actora contratada por Urbaser- aunque dicha sentencia rechaza las modificaciones fácticas a las que ha accedido la recurrida y que anteriormente se han relatado. En ese caso la sentencia de instancia también condenó a Urbaser, S.A. y absolvió a la demandada y la sentencia de contraste -a diferencia de la recurrida- mantiene la condena a la empresa (estima en parte el recurso en relación con el no devengo de salarios del mismo día del despido), argumentando que no ha existido transmisión alguna de elementos patrimoniales entre las demandadas y que el convenio del sector no resulta de aplicación al Ayuntamiento.

La contradicción parece existir, sin que la modificación fáctica admitida por la recurrida y rechazada por la de contraste pueda desvirtuar la sustancial identidad entre ambos casos, pues en definitiva, como dice la sentencia de contraste, al rechazar la modificación relativa al acuerdo de la comisión mixta "la determinación de la eficacia jurídica de una norma, como es el convenio colectivo, corresponde a los Tribunales de Justicia que la han de interpretar". En realidad, la primera adición de los hechos probados que acepta la sentencia recurrida no se refiere a un hecho propiamente dicho, sino a una valoración jurídica del criterio expresado por la Comisión Mixta Paritaria sobre el ámbito de aplicación del capítulo XII del Convenio General del Sector de Limpieza Pública, Viaria, Riegos, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos, Limpieza y Conservación de Alcantarillado; y en la segunda adición se pone de relieve el hecho, no negado, de que la empresa Urbaser, S.A., cesante en la adjudicación del servicio, hizo entrega al Ayuntamiento de la documentación a que se refieren los arts. 49 y ss. del referido convenio.

Procede, pues, entrar en el examen de la infracción jurídica que alega la entidad recurrente.

SEGUNDO.- Denuncia dicha recurrente la infracción, por aplicación indebida del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con la Directiva Comunitaria 2001/23 /CE del Consejo y los arts. 2, 6, 7, 49, 52 y 53 del Convenio General del Sector de Limpieza Pública, Viaria, Riegos, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos, Limpieza y Conservación de Alcantarillado.

La sentencia recurrida concluye que cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad de prestación del servicio mediante una contrata, decide asumir directamente aquella y realizarla por sí misma,

sin hacerse cargo del personal de la empresa contratista, no determina la existencia de una sucesión de empresas encuadrable en el art. 44 ET , ni en la Directiva Comunitaria antes mencionada, por cuanto no se aprecia la transferencia de activos patrimoniales ni existe una sucesión en la plantilla. Pero revoca la sentencia de instancia y condena al Ayuntamiento ahora recurrente a subrogarse en el contrato de la actora, fundándose en que resulta aplicable lo dispuesto en ya aludido Convenio Colectivo General del Sector, quedando pues ceñida la controversia a la aplicación de este convenio y mas concretamente de la cláusula subrogatoria del personal que se contiene en su art. 49 . Cuestión distinta de la resuelta en la reciente sentencia de esta Sala de 30/5/11 (rcud 2192/10), en la que se hace la aplicación del art. 44 ET a un caso de reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento, porque en este caso la reversión fue acompañada de transmisión de medios materiales.

Debe prosperar la censura referida a la infracción de los arts. de dicho convenio que se menciona, y ello por las siguientes razones:

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.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. José Manuel Calvo Blázquez, en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de Yunquera de Henares (Guadalajara), frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Albacete), de fecha 1 de junio de 2010 . Casamos y anulamos dicha sentencia y, resolviendo el debate de suplicación, desestimamos el recurso de tal naturaleza interpuesto por Urbaser, S.A. contra la sentencia de 30 de julio de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Guadalajara (autos 633/09), sobre despido, declarando firme dicha sentencia. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.