

JUR 2010\258280

**Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunidad Autónoma de les Illes Balears
núm. 190/2010 (Sala de lo Social, Sección 1), de 31 mayo**

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 200/2010.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Muñoz Jiménez.

T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00190/2010

Nº. RECURSO SUPPLICACION 200/2010

Materia: EXTINCIÓN CONTRATO TEMPORAL

Recurrente/s: Esteban , Raimunda

Recurrido/s: MARRATXI XXI, S.A., Begoña , Sabino , AYUNTAMENT DE
MARRATXÍ.

Juzgado de Origen/Autos: JUZGADO DE LO SOCIAL NÚMERO 2 DE PALMA DE MALLORCA

Demanda: 205/09

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE:

DON FRANCISCO J. WILHELMI LIZAUER

MAGISTRADOS:

DON FRANCISCO J. MUÑOZ JIMÉNEZ

DON ANTONI OLIVER REUS

En Palma de Mallorca, a treinta y uno de mayo de dos mil diez.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados que constan al margen, ha pronunciado

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

la siguiente

S E N T E N C I A NÚM. 190/2010

En el Recurso de Suplicación núm. 200/2010, formalizado por la Sra. Letrada D^a. Antonia Burguera Rigo, en nombre y representación de D. Esteban y D^a. Raimunda , contra la sentencia de fecha veintiuno de diciembre de dos mil nueve, dictada por el Juzgado de lo Social Número 2 de Palma de Mallorca en sus autos demanda número 205/09, seguidos a instancia de la citada parte recurrente, frente a Marratxi XXI, S.A., representada por el Sr. Letrado D. Víctor Manuel Alonso Manzanares, el Excmo. Ayuntamiento de Marratxí, representado por la Sra. Letrada D^a. Lourdes Mazorra Manrique, D. Sabino , representado por el Sr. Letrado D. Catalina Rigo Ordinas y D^a. Begoña , en reclamación por Extinción de Contrato Temporal, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO J. MUÑOZ JIMÉNEZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

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:

I. Los demandante han trabajado para la empresa Don. Vicente Martínez Camacho en las instalaciones del polideportivo municipal "SA Nova Cabana", realizando tareas de control, limpieza y atención del bar, con una categoría respectiva de encargado y de pinche de cocina, antigüedad de 21.04.2008 y 3.03.2008 y salario de 578 y 597,54 euros.

II. Las cláusulas administrativas del contrato municipal de 7.12.2006 establecen en la cláusula 3F, que la explotación que tenga lugar lo será con trabajadores de su plantilla, habiendo entregado al Ayuntamiento listado de los empleados.

III. El 19.01.2009 fue comunicado por Don.Sabino a los dos trabajadores: "Paso por medio de la presente a comunicarle que he recibido orden del Alcalde del Ayuntamiento de Marratxí para que le haga entrega de la posesión del Polideportivo "Sa Nova Cabana", que venia gestionando y explotando desde enero el 18 de Enero del 2007. Como consecuencia de la dicha orden en esta fecha doy por extinguidas las relaciones laborales que tenia establecida con usted como consecuencia de la gestión y explotación de dicho polideportivo "Sa Nova Cabana" y al tiempo que le comunico que hecho entrega en el Ayuntamiento, junto con las de las llaves de dichas instalaciones municipales, la documentación correspondiente para que este pueda subrogarse en las dichas relaciones laborales".

IV. Por orden del Alcalde del Ayuntamiento de Marratxí ha sido decretada la denegación de la prórroga de la explotación citada Don.Sabino y la entrega de la posesión del Polideportivo "Sa Nova Cabana", que venia explotando, en su última adjudicación desde 18.01.2007.

V. La empresa ha retirado la cafetera y algunos muebles.

VI. Por Don.Sabino ha sido planteado el recurso ante la jurisdicción contenciosa administrativa de la orden de cese, habiendo sido pedido la acumulación de otra causa relacionada, y empresa recoge en su petición de medida cautelar la "pérdida patrimonial de tener que indemnizar a dichos trabajadores".

VII. La empresa Marratxí XXI SA desde esa fecha, dado que era necesario mantener la limpieza y eliminación de residuos sólidos, gestionó la limpieza del recinto deportivo, y las instalaciones son abiertas y cerradas por personal municipal.

VIII. La nueva adjudicataria de la concesión administrativa es Doña.Begoña desde el 1.06.2009, por dos años, prorrogable por dos años más.

IX. Conciliación previa: agotada

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

Estimando la demanda presentada por Don.Esteban y Raimunda contra Don.Sabino con absolución del Ayuntamiento de Marratxí, Marratxí XXI, y Doña.Begoña, debo declarar y declaro la improcedencia del despido, condenando a la demandada a su elección, a ejercitar en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, a la readmisión en su puesto de trabajo en iguales condiciones o la indemnización respectiva de 578 y 673 euros, y con abono de los salarios de tramitación.

TERCERO.- Contra dicha resolución se anunció recurso de suplicación por la Letrada Sra. D^a. Antonia Burguera Rigo, en nombre y representación de D.Esteban y D^a. Raimunda, que posteriormente formalizó y que fue impugnado por las representaciones de Marratxí XXI, S.A. y el Excmo. Ayuntamiento de Marratxí; siendo admitido a trámite dicho recurso por esta Sala, por Providencia de fecha veinte de mayo de dos mil diez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO El primer motivo de recurso se endereza a modificar los dos primeros ordinales de la resultancia fáctica; sustituyendo en parte la redacción del primero, y añadiendo nuevas afirmaciones al texto del segundo. Ambas peticiones se fundan en el contrato administrativo de gestión de la explotación del Polideportivo de Sa Nova Cabana suscrito el 18 de enero de 2007 por el empresario para quien prestaron servicios los actores y el Alcalde del Ayuntamiento de Marratxí, y en el pliego anexo de condiciones particulares y prescripciones técnicas que lo regía.

El recurso persigue dejar claro que los demandantes venían realizando las tareas propias del funcionamiento del polideportivo municipal además de las propias de la explotación del pequeño bar existente en el recinto. La precisión es innecesaria, toda vez que la sentencia no decide la controversia tomando por base realidad distinta. El problema es fruto de descuido en la redacción de la frase del hecho probado primero que describe la actividad desarrollada por los trabajadores. La dificultad se salva sin esfuerzo si, como se infiere del tenor de toda la documentación aportada y del mismo planteamiento del litigio, se entiende dicha frase en el sentido de que los actores realizaban, no tareas de control y limpieza del bar, sino "tareas de control (y) limpieza (de las instalaciones deportivas) y de atención al bar".

Más irrelevante aún es la adición que se propugna introducir en el hecho probado segundo. La remisión que aquí efectúa la sentencia a las cláusulas administrativas del contrato equivale a tener por probados la existencia y tenor concreto de las mismas, por lo que nada útil aporta insistir en el dato.

El primer motivo de suplicación fenece.

SEGUNDO El segundo y último motivo de recurso denuncia, con sede en el art. 191 c) de la LPL, infracción por aplicación errónea del art. 44 del ET, de la jurisprudencia y la doctrina que lo complementa. Su desarrollo arguye, en sustancia, que la cláusula del contrato administrativo por la que se establece que el personal laboral pertenece a la adjudicataria no puede ser impedimento para que, si procede, se aplique el art. 44 del ET; que tras la rotura del contrato de concesión entre los codemandados las actividades que los actores venían realizando en el centro de trabajo fueron asumidas por el personal de la empresa municipal Marratxi XXI y por personal municipal, de modo que la actividad laboral en el centro de trabajo no cesó sino que simplemente se sustituyó a los actores por trabajadores de los codemandados; y que por ello, al cesar el explotador, el Ayuntamiento debe asumir su propia responsabilidad empresarial frente a los actores y continuar con ellos la actividad laboral que éstos tenían con el contratista de lo que es un servicio municipal.

El motivo debe decidirse a la luz de la doctrina jurisprudencial sentada en la materia.

La jurisprudencia niega que la simple sucesión de contratistas comporte la subrogación automática del nuevo concesionario en las relaciones laborales de la plantilla que destinaba el anterior a ejecutar el objeto del contrato. La STS de 29 de abril de 1998 dice al respecto: "Las Sentencias de esta Sala, entre otras del 5 de abril de 1993 y 25 de octubre de 1996, han señalado que la pretendida transmisión de contratistas no es tal, sino la finalización de una y comienzo de otra distinta aunque materialmente la contrata sea la misma en el sentido de que los servicios prestados siguen siendo los mismos. Por ello la subrogación, de no estar impuesta por la norma sectorial, únicamente puede producirse por aplicación del art. 44 del ET como pretende el impugnante.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 66/1987, de 21 de mayo ya había declarado que «los supuestos contemplados en el art. 44 del Estatuto, nada tienen que ver con la normal sustitución que se produce entre las empresas concesionarias de determinados servicios en la titularidad de concesiones o arrendamientos otorgados a terceros» y aunque a esta manifestación, tomada aisladamente, no puede otorgársele un valor absoluto por cuanto se trata de la interpretación de la legalidad ordinaria, esta Sala en unificación de doctrina, de la que son ejemplo las sentencias anteriormente citadas, ha estimado la no aplicación del art. 44 que comentamos en cuanto no se da la transferencia del antiguo empresario al nuevo de la titularidad de la empresa o del centro del trabajo, elemento subjetivo, o de los de carácter patrimonial de la empresa o del conjunto operante de ella que permita la continuidad de la actividad empresarial, y como dice la Sentencia de la Sala del 14 de diciembre de 1994 «ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación». Esta cesión entre empresarios de los elementos esenciales o significativos del activo material o inmaterial con los que el anterior realizaba la contrata se contempla en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 11 de marzo de 1997.

Aún más; el Tribunal Supremo tiene igualmente resuelto que los trabajadores con contrato de obra o servicio determinado que prestaron servicios para un contratista hasta la finalización de la contrata no tienen derecho a seguir prestando servicios en la nueva, incluso en el caso de que el empresario principal haya concertado de inmediato con el anterior contratista nueva contrata con el mismo objeto. La STS de 4 de mayo de 2006 razona en línea con la de 22 de octubre de 2003: "Y siendo ello así, al decretarse el fin de la contrata por la empresa cliente, era igualmente ajustada al mandato del art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores la extinción del contrato de trabajo concertado precisamente para la realización del servicio a que aquella se refería. El precepto que se denuncia como infringido expresamente prevé la extinción por la realización de la obra o servicio objeto del contrato. Y esta causa extintiva no queda alterada por el hecho de que la empresa empleadora haya concertado otra contrata con la empresa cliente, con la misma finalidad. Se trata de otra contrata diferente, para cuya efectividad, la empleadora podrá o no contratar a la actora, bien por novación del contrato anterior, bien por la suscripción de uno nuevo y con efectos a partir de la fecha en que se concierte, pero sin que, por Ley o convenio colectivo, venga obligada a ello".

La citada sentencia concluye afirmando que "La aplicación de dicha doctrina al caso de autos lleva a la desestimación del recurso del trabajador por ajustarse la decisión recurrida a nuestra doctrina; el contrato del actor con la empresa demandada, era temporal, existe una necesidad de trabajo temporalmente, objetivamente definido y conocido por las partes en el momento de contrato, con un límite temporal previsible en la medida que el servicio se prestaba por encargo de un tercero y mientras se mantuviera este, extinguiéndose el contrato por finalización de la contrata, lo que no se alteró por el hecho de haber concertado una nueva contrata con la misma empresa".

La STS de 4 de abril de 2005 expone, de su lado, la doctrina que debe aplicarse en materia de sucesión de empresas siguiendo las pautas fijadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Dicha sentencia señala: "El precepto, cuya infracción se denuncia, ordena la continuidad de los contratos de trabajo y la subrogación en los derechos y obligaciones del empresario, cuando le suceda otro en la explotación de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma. Y la reiterada doctrina de esta Sala, contenida entre otras en las sentencias de 3 y 14 de octubre de 1998, 1 de febrero, 1 y 20 de diciembre de 1999, 22 de mayo de 2000, ha venido declarando que para que exista sucesión de empresas es necesario que entre cedente y cesionario exista una transmisión de activo patrimonial. En otro caso, de conformidad con esa doctrina, la sucesión únicamente se produce porque la imponga el convenio colectivo estatutario que sea de aplicación, o, con determinadas restricciones, cuando se derive del pliego de condiciones de la concesión. Un sector de la doctrina estimó que la jurisprudencia de esta Sala se apartaba de la emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, invocando al efecto la Sentencia Schmidt de 14 de abril de 1994, pero la tesis contenida en esa sentencia fue rectificadora por la Sentencia Süzen, de 11 de marzo de 1997, donde se afirmaba que «la mera sucesión en una actividad objeto de contrata no es suficiente para apreciar una transmisión de empresa, si no va acompañada de la cesión entre ambos empresarios de elementos significativos del activo material o inmaterial». Bien es cierto que añadía un

elemento adicional cuando afirmaba que «si la actividad empresarial descansa fundamentalmente en la mano de obra puede mantenerse la identidad después de la transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea». Esta misma tesis se mantuvo en las sentencias Hernández Vidal y Sánchez Hidalgo de 10 de diciembre de 1998 y alcanzó su máxima expresión en las sentencias Temco, de 24 de enero de 2002 y Sodexho, de 20 de noviembre de 2003, donde aquel elemento adicional llegó a hacerse efectivo e imponer la sucesión cuando el nuevo empresario se hacía cargo de parte de la plantilla del cedente. A la vista de esas resoluciones ésta Sala hubo de cambiar su anterior doctrina, cambio que ya se anunciaba en las sentencias de 20 de octubre de 2004 y que se plasmó en la de 27 del mismo mes y año. Así se rectificó la doctrina en el sentido de que la sucesión procede, no sólo cuando hay transmisión de activos patrimoniales, sino también en aquellos otros supuestos en los que el cesionario de una actividad se hace cargo en términos significativos de calidad y número de parte de personal del cedente".

La STS de 23 de octubre de 2009 ha añadido luego que "El elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos ahora examinados, consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986, Spijkens, 24/85; de 11 de marzo de 1997, Süzen, C-13/95; de 20 de noviembre de 2003, Abler y otros, -340/01 y de 15 de diciembre de 2005, Guney-Gorres, C.232/04 y 233/04). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (sentencia de 19 de septiembre de 1995, Rygaard, C-4888/94), infiriéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Süzen y Abler y otros, antes citadas).

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 trate, 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 de 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 (asunto Süzen antes citado)".

La aplicación al caso de autos de dicha doctrina determina el fracaso del motivo segundo de suplicación. La terminación de la contrata no provoca sin más la asunción por el concesionario entrante ni menos por la Administración titular del servicio público de las relaciones de trabajo del personal que el concesionario saliente empleaba en la concesión. No existe, de otro lado, norma de rango convencional que imponga la subrogación laboral, al igual que tampoco la prevé el condicionado rector del contrato administrativo. Antes bien, la cláusula 3.ª F del pliego de condiciones establece de modo expreso que el personal que contrate el concesionario para llevar a cabo el mantenimiento y explotación de las instalaciones formará parte de su plantilla a todos los efectos y dependerá únicamente de aquél, lo que claramente revela la intención del Ayuntamiento de no entablar con ese personal vínculo jurídico alguno.

Tampoco aparece probado, ni que el Ayuntamiento pusiera a disposición del primer adjudicatario la infraestructura y, en general, los elementos necesarios para ejecutar los servicios materia de la contrata, ni que éste, finalizada la concesión, cediera al Ayuntamiento o al siguiente adjudicatario los que él usó. Al contrario, consta probado que el empleador de los demandantes retiró aparatos y mobiliario indispensables para el funcionamiento del bar (cafetera, nevera y sillas, al parecer). Esto bastaría para excluir la existencia de transmisión de empresa, base de aplicación del art. 44 del ET, pues la continuidad de la misma debe apreciarse teniendo en cuenta la actividad global que delimita el objeto del negocio -gestión del polideportivo, limpieza de las instalaciones y atención al bar- y no aspectos parciales de ella. De todos modos, ninguna prueba existe de que los empleados de la empresa municipal que se hicieron cargo transitoriamente de mantener la higiene del centro ni el personal municipal que cuidó de su apertura y cierre usaran en tales menesteres medios, utensilios ni herramientas provenientes del adjudicatario cesante.

Va de sí, por último, que ninguno de los trabajadores dependientes de este adjudicatario han pasado a desarrollar las tareas de antes en el Ayuntamiento, en la empresa Marratxi XXI ni en la empresa titular de la nueva concesión.

TERCERO La mera sucesión en la actividad de una contrata no supone, en definitiva, sucesión de empresa a efectos laborales. Como el propio recurso reproduce, la jurisprudencia comunitaria reconoce a este respecto que "la simple pérdida de una contrata de servicios en beneficio de un competidor no puede, por sí sola, revelar la existencia de transmisión en el sentido de la Directiva". En el supuesto litigioso sólo se ha producido la extinción de una contrata, la concertación de otra nueva desconectada de la precedente y la atención por los servicios municipales con sus medios propios de las necesidades ineludibles para la apertura del polideportivo durante el intervalo.

El recurso, en consecuencia, peca.

F A L L A M O S

SE DESESTIMA el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación de D.Esteban y D^a.Raimunda , contra lasentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número 2 de Palma de Mallorca, de fecha veintiuno de diciembre de dos mil nueve , en los autos de juicio nº 205/09 seguidos en virtud de demanda formulada por la citada parte recurrente, frente a Marratxí XXI, S.A., Excmo. Ayuntamiento de Marratxí, D.Sabino y D^a.Begoña y, en su virtud, SE CONFIRMA la sentencia recurrida.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA ante la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por abogado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes al de su notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos 216 y siguientes, y con las prevenciones determinadas en los artículos 227 y 228 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Además si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en el Banco Español de Crédito, S.A.(BANESTO), Sucursal de Palma de Mallorca, cuenta número 0446-0000-65-0200-10 a nombre de esta Sala el importe de la condena o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria 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 y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregando en la Secretaría de la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300,51 euros, en la entidad bancaria Banco Español de Crédito, S.A. (BANESTO), sucursal de la calle Barquillo, nº 49, (clave oficina 1006) de Madrid, cuenta número 2410, Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo.

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.

Guárdese el original de esta sentencia en el libro correspondiente y líbrese testimonio para su unión al Rollo de Sala, y firme que sea, devuélvase los autos al Juzgado de procedencia junto con certificación de la presente sentencia y archívense las presentes actuaciones.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de la fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado - Ponente que la suscribe, estando celebrando audiencia pública y es notificada a las partes, quedando su original en el Libro de Sentencias y copia testimoniada en el Rollo.- Doy fe.