

JUR 2010\207484

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunidad de Madrid núm. 219/2010 (Sala de lo Social, Sección 2), de 16 marzo

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 5503/2009.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Ruiz Pontones.

SUCESION DE EMPRESAS: Adjudicación administrativa de la gestión de las actividades deportivas de Ayuntamiento: desarrollo de las actividades con el equipamiento y material deportivo del centro municipal.

RSU 0005503/2009

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.2

MADRID

SENTENCIA: 00219/2010

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 002 (C/ GENERAL MARTÍNEZ CAMPOS, 27)

N.I.G: 28079 34 4 2009 0036793, MODELO: 46050

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0005503 /2009 A

Materia: OTROS DESPIDOS

Recurrente/s: Jose Ramón ,Leonor ,Agapito ,Cirilo

Recurrido/s: ORGANIZACION Y PROMOCION DE ACTIVIDADES DEPORTIVAS SA OPADE SA, AYUNTAMIENTO DE AGALAPAGAR

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL N. 20 de MADRID de DEMANDA 0000249 /2009 DEMANDA 0000249 /2009

Sentencia número: 219/10

Ilmos/as. Sres/as. D/Dª.

MANUEL RUIZ PONTONES

FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

CONCEPCIÓN MORALES VALLEZ

En MADRID a dieciseis de Marzo de dos mil diez, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección 002 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

en el RECURSO SUPPLICACION 0005503 /2009, formalizado por el/la Sr/a. Letrado D/Dª. JOSE DELGADO RUIZ, en nombre y representación de Jose Ramón ,Leonor ,Agapito ,Cirilo , contra la sentencia de fecha 03.07.09, dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 20 de MADRID en sus autos número DEMANDA 0000249 /2009, seguidos a

instancia de Jose Ramón ,Leonor ,Agapito ,Cirilo frente a ORGANIZACION Y PROMOCION DE ACTIVIDADES DEPORTIVAS SA OPADE SA, parte demandada representada por el/la Sr./Sra. Letrado D/D^a. JORGE LUIS OCHANDO ESTEVEZ, en reclamación por DESPIDO, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. MANUEL RUIZ PONTONES, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

"PRIMERO.- Los actores suscribieron en fecha de 6.11.2007 un contrato de duración determinada a tiempo parcial por interinidad teniendo por objeto cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, la contratación se resuelve en virtud de uDecreto de Alcaldía n°2059/2007 de 26.10.2007 sobre Proceso Selectivo para la contratación de monitores y profesores de las actividades municipales correspondientes a las Consejalías de Deportes, Juventud Y Educación. (Doc no 27 ramo Ayuntamiento)

SEGUNDO.- El actor D.Cirilo fue contratado por el Ayuntamiento de Galapaqar en virtud de un contrato de duración determinada de interinidad en fecha de 6.11.2007 con la categoría de monitor deportivo y un salario mensual de 1.060,80 euros(Doc n°5 ramo actora y anexos de horas complementarias y estacionalidad y Doc n°28 ramo Ayuntamiento).

D.Jose Ramón fue contratado por el Ayuntamiento de Galapagár en virtud de un contrato de duración determinada de interinidad en fecha de 6.11.2007 con la categoría de monitor deportivo y un salario mensual de 795,60 euros(Doc n°12 ramo actora y anexos de horas complementarias y estacionalidad y Doc n°29 ramo Ayuntamiento).

D.Agapito fue contratado por el Ayuntamiento de Galapagar en virtud de un contrato de duración determinada de interinidad en fecha de 6.11.2007 con la categoría de Coordinador de ciclismo y un salario mensual de 1326 euros (Doc n°19 ramo actora y anexos de horas complementarias y estacionalidad y Doc n°30 ramo Ayuntamiento).

D^aLeonor fue contratada por el Ayuntamiento de Galapagar en virtud de un contrato de duración determinada de interinidad en fecha de 6.11.2007 con la categoría de Monitor Deportivo y un salario de 1060,80 euros (Doc n°25 anexos de horas complementarias y estacionalidad y Doc n°31 ramo Ayuntamiento).

TERCERO.- Con anterioridad D.Cirilo había prestado servicios profesionales con el Ayuntamiento desde 1.10.1997 hasta 2005 con denominación administrativa o civil (Doc n°2 ramo actora)

Con fecha de 28.04.2005 suscribe un contrato de obra servicio determinado a tiempo parcial con la entidad Sotomesa S.L. prorrogado hasta junio de 20'07 (Doc n°3 ramo actora).

Con anterioridad D.Jose Ramón había prestado servicios profesionales con el Ayuntamiento desde 1.10.1998 hasta 2005 (Doc n°7 ramo actora) .

Con fecha de 28.04.2005 suscribe un contrato de obra servicio determinado a tiempo parcial con la entidad Sotomesa S.L. (Doc n°10 y 11 ramo actora).

Con anterioridad D.Agapito había prestado servicios profesionales con el Ayuntamiento desde 1.10.1998 hasta 2005 (Doc n° 15 y 16 ramo actora)

Con fecha de 28.04.2005 suscribe un contrato de obra servicio determinado con la entidad Sotomesa S. L. (Doc n°17 y 18 ramo actora).

Con anterioridad D^aLeonor había prestado servicios profesionales con el Ayuntamiento desde 1.10.2000 hasta 2005 (Doc n° 22 ramo actora)

Con fecha de 28.04.2005 suscribe un contrato de obra servicio determinado con la entidad Sotomesa S.L. (Doc n° 23 y 24 ramo actora).

CUARTO.- La prestación de servicios de los actores para la empresa Sotomesa S.L. tiene lugar con ocasión de la externalización de determinados servicios por parte del Ayuntamiento, y en concreto para las actividades Deportivas en entre el Ayuntamiento y la citada empresa de fecha de 31.03.2005 y por un plazo de 23 meses.(Doc n°25 ramo Ayuntamiento).

Obra al Doc n° 22 ramo Ayuntamiento propuesta del Concejal de Economía y Hacienda para proceder a contratar a empresas externas diversos servicios.

Doc n° 23 la publicación en el B.O.C.M del concurso para la contratación.Doc n° 24 Decreto de Alcaldía de 21.03.2005 de adjudicación del servicio a la empresa Sotomesa S.L QUINTO.- Obra y se da por reproducida la vida laboral de los actores a los folios 71 a 77 de autos .

SEXTO.- Con fecha de 19.11.2008 y por Providencia de la Alcaldía se acuerda la incoación de expediente para la contratación administrativa referente a las Actividad Deportivas del Área de Deportes del Ayuntamiento de Galapagar.(Doc °n 43 ramo Ayuntamiento) Obra al doc n°44 Pliego de cláusulas administrativas particulares de la contratación y Doc n°45 Pliego de prescripciones técnicas).

SEPTIMO.- En el pleno de la Corporación de fecha de 5.12.2008 se procede la aprobación inicial del Plan de Organización de RRHH y la RPT del 2009 (Doc n° 46 ramo Ayuntamiento).

Por Acuerdo de la Junta de Gobierno local de 10.12.2008 se aprueba el expediente administrativo de contratación (Doc n°47 ramo Ayuntamiento) .

Por acuerdo del Pleno de 29.12.2008 se aprueba de forma definitiva la RPTR para 2009 .(Doc n° 49 ramo Ayuntamiento) que se publica en el BOCM de fecha de 2.01.2009.

OCTAVO.- Con fecha de 16.12.2008 se comunica a los actores por el Delegado de RRHH y de régimen interior la amortización de sus puestos de trabajo. (Doc n° 28 ramo actora). Los actores formulan escrito de alegaciones solicitando la nulidad del proceso de amortización y la declaración de indefinido del vinculo laboral (Doc n° 29 ramo actora).

NOVENO.- Con fecha de enero de 2009 se avisa al público por la Consejalía del cierre de las instalaciones y que las actividades y cursos no se iniciaran hasta nueva orden Doc n° 30 ramo actora).

DECIMO.- Con fecha de 8.01.2009 se comunica el cese por amortización del puesto de trabajo que ocupaban en virtud de contrato de interinidad y dando por extinguida la relación laboral con el Ayuntamiento y la baja en Seguridad Social desde esa fecha(Doc n° 32 ramo actora).

DECIMO-PRIMERO.- Con fecha de 21.01.2009 por Acuerdo de la Junta de Gobierno se adjudica el contrato administrativo a favor de OPADE S.A (Doc n°SI ramo Ayuntamiento). Obra el Doc n°52 ramo Ayuntamiento el contrato administrativo suscrito entre OPA-DE y el Ayuntamiento).

DECIMO-SEGUNDO.-Las actividades deportivas municipales tienen un calendario ordinario que coinciden con el curso escolar comenzando en Octubre y acabando en Junio de cada año.En Verano se hacen actividades de campamentos y campus de verano.

DECIMO-TERCERO. - A partir de enero de 2009 la gestión de las actividades deportivas del Ayuntamiento se lleva a cabo por la entidad OPADE S.A,dentro del contenido del contrato, gestiona la actividad con sus propios recursos materiales y personales si bien las actividades se desarrollan en las instalaciones, pistas y campos del Ayuntamiento.

Esta entidad ofreció a los actores la posibilidad de seguir prestando sus servicios con ellos si bien con una contratación ex novo sin conservar la antigüedad, lo que no fue aceptado por los actores.

Hay en la actualidad unos 40 monitores prestando servicios en OPADE que provienen del Ayuntamiento, que prestaron servicios con anterioridad y unos 10 monitores nuevos.

DECIMO-CUARTO.- Se ha agotado la vía administrativa previa mediante reclamación al Ayuntamiento en fecha de 14.01.2009 y papeleta de conciliación frente a la empresa OPADE, celebrándose el acto sin efecto en fecha de 11.02.2009."

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

"Que desestimando la demanda formulada por DºCirilo , DºJose Ramón , DºAgapito Y DºLeonor contra AYUNTAMIENTO DE GALAPAGAR Y LA EMPRESA ORGANIZACIÓN Y PROMOCION DE ACTIVIDADES DEPORTIVAS S.A. debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos de la demanda."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose las correspondientes y subsiguientes decisiones para su tramitación en forma.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Frente a la sentencia de instancia que desestima la pretensión de los demandantes al considerar que la decisión del Ayuntamiento de extinguir los contratos no constituye un despido sino la causa de extinción prevista en el artículo 49.1.c) del ET, la representación letrada de aquellos interpone recurso de suplicación formulando siete motivos destinados a la revisión fáctica y a la censura jurídica. El recurso ha sido impugnado.

Al amparo del artículo 191 b) de la LPL :

1.-En el primer motivo solicita la adición de un párrafo del siguiente tenor, común a los cuatro demandantes:

"Con carácter previo a la suscripción de dichos contratos, de fecha 6 de noviembre de 2.007, los actores ya prestaban servicios desde el 1 de octubre anterior en que se inicia la temporada de actividades deportivas del Ayuntamiento, coincidiendo con el curso escolar".

La adición no puede prosperar al no desprenderse de manera directa de los documentos que cita.

2.-En el segundo motivo solicita la revisión del primer párrafo del hecho probado décimo tercero proponiendo la siguiente redacción alternativa:

"A partir del día 7 de enero de 2.009, en que se adjudica provisionalmente la gestión de las actividades deportivas del Ayuntamiento se lleva a cabo por la entidad OPADE S.A., dentro del contenido del contrato"

La revisión no puede prosperar porque no puede prevalecer la valoración parcial e interesada de la prueba que realiza la parte recurrente frente a la valoración conjunta de la misma que realiza la juzgadora de instancia dada las amplias facultades que el artículo 97.2 LPL otorga a la misma.

SEGUNDO Al amparo del artículo 191 c) de la LPL, en el tercer motivo alega aplicación indebida del artículo 49.1.c) ET al estimar, en esencia, que no existe vencimiento objetivo del contrato sino rescisión unilateral del vínculo laboral que determina el despido de los actores; que no basta la mera voluntad municipal para sin más proceder a la amortización de plazas; que las actividades deportivas ni se suspenden, eliminan o desaparecen, sino que simplemente se reordenan mediante gestión indirecta a contratista; que las actividades se iniciaron al menos desde el 1 de octubre anterior a la firma del contrato. En el cuarto motivo alega interpretación errónea del artículo 6.4 Código Civil en relación con lo dispuesto en el artículo 15.3 ET. En síntesis señala que debe examinarse toda la cadena contractual. En el quinto motivo alega infracción del artículo 44 ET al considerar que existe continuidad del vínculo de trabajo en los supuestos de subrogación legal entre empresa cedente y cesionaria.

En el sexto motivo alega violación del artículo 24.1 CE exponiendo que la extinción del contrato constituye un despido que debe declararse nulo por ser una represalia a su reclamación de derechos y que la sentencia no contiene pronunciamiento sobre ello constituyendo incongruencia omisiva.

En el séptimo motivo alega violación del artículo 14 CE al estimar que existe discriminación de los demandantes por razón de la temporalidad del contrato.

Los motivos se resuelven conjuntamente al estar en conexión.

Existe incongruencia cuando falta el ajuste entre la parte dispositiva de la sentencia y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones. En el presente caso, en la demanda no se reflejan indicios que puedan determinar la nulidad del despido, pues es con posterioridad a la notificación de la amortización de sus puestos de trabajo cuando formulan alegaciones solicitando que se declare la naturaleza indefinida del vínculo laboral (hecho tercero de la demanda), sin que la decisión empresarial sea una reacción a una reclamación, y, además, la juzgadora de instancia ha desestimado todas las peticiones de los demandantes al considerar que no existe sucesión de empresa, ni obligación de subrogación porque no viene establecida en la norma convencional ni en el pliego de contratación administrativa, con lo que implícitamente está desestimando la petición de nulidad. No existe discriminación porque no hay identidad de situación entre las personas con contratos temporales y aquellas que estén vinculadas por contratos indefinidos o funcionarios.

Del relato fáctico se desprende que Cirilo inició la prestación de servicios con el Ayuntamiento desde el 1/10/1997 hasta el año 2.005 en virtud de contratación administrativa o civil, sin que existan elementos de los que se desprenda que se realizaba en régimen laboral. Posteriormente, el 28/04/2005 suscribe contrato con Sotomesa SL, que no puede tenerse en cuenta pues la relación laboral se ha prestado para un tercero ajeno al proceso. Posteriormente el 6/11/2007 suscribe contrato con el Ayuntamiento que no puede considerarse integrante de la misma cadena contractual, no pudiendo considerarse que la relación laboral se inició el 1/10/2007, por el hecho que las actividades deportivas municipales se inicien en octubre, porque no existe ningún hecho que acredite la prestación con anterioridad a esa fecha. Y lo mismo puede decirse respecto de los demás demandantes.

En cuanto al fondo, la cuestión controvertida ha sido resuelta por la Sala de lo Social, Sección 6ª, de este TSJ de Madrid, en sentencia de 30/11/2009, recurso nº 5517/2009, que señala:

>>(…) En el segundo motivo se alega la infracción del art. 49.1 .c) del Estatuto de los Trabajadores y se aduce que "no existió vencimiento objetivo del contrato sino rescisión unilateral del vínculo laboral que determina el despido de los actores".

Contiene el motivo una serie de consideraciones que no se comparten ni se consideran fundadas, tales como la

calificación de la amortización de los puestos de los actores como medida arbitraria y discriminatoria, los comentarios sobre la plantilla final del Ayuntamiento - que no se corresponden con los hechos probados y tampoco se acompañan con la cita de algún precepto legal infringido - o la tesis de que la relación ya era indefinida por razones que ya han sido rechazadas en el motivo anterior. Por lo demás la amortización de la plaza está claramente establecida en el relato fáctico de la sentencia (hechos probados 6º, 7º y 8º). Sin embargo en la última parte del motivo se aduce que la actividad no desaparece sino que continúa por subrogación legal en la empresa que resulta adjudicataria, y ello enlaza con el tercer y último motivo, en el que se alega la infracción del primer apartado del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y se sostiene la tesis de que se ha producido una subrogación al adjudicar a la empresa codemandada la actividad en cuestión.

En síntesis, es preciso dilucidar si los contratos de los actores se han extinguido válidamente por amortización de sus plazas o si, por el contrario, ello no es admisible porque al haber decidido el Ayuntamiento externalizar la actividad, la empresa que ha resultado adjudicataria se debe subrogar en los contratos de los demandantes.

Los contratos de los demandantes, monitores deportivos, se suscribieron el 6-11-07 con duración determinada a tiempo parcial teniendo por objeto cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, estando sujetos igualmente a la amortización de la plaza, habiéndose previsto en la base primera de la convocatoria por medio de la cual ingresaron los actores, que esos puestos serían cubiertos por interinos hasta que se formalizara administrativamente la decisión de externalizar la actividad o la gestión indirecta del servicio. Relatan los hechos probados los siguientes hitos: el 19-11-08 se acordó la incoación de expediente para la contratación administrativa de las actividades deportivas del Ayuntamiento demandado; el 5-12-08 tiene lugar la aprobación inicial del Plan de Organización de RRHH y la RPT de 2009; el 10-12-08 se aprueba el expediente administrativo de contratación; el 29-12-08 se aprueba de forma definitiva la RPT para 2009; el 8-1-09 se comunica a los actores el cese por amortización del puesto de trabajo dando por extinguida la relación laboral con el Ayuntamiento y la baja en Seguridad Social desde esa fecha; y con fecha 21-1-09 se adjudica el contrato administrativo a la codemandada OPADE S.A. A partir de esa fecha la gestión de las actividades deportivas del Ayuntamiento se lleva a cabo por esa compañía, que gestiona la actividad con sus propios recursos materiales y personales, si bien las actividades se desarrollan en las instalaciones, pistas y campos del Ayuntamiento.

La configuración de los contratos en consonancia con las bases de la convocatoria que rigió la selección pone de relieve que la amortización de la plaza por decisión de gestionar el ámbito deportivo a través de una empresa era una circunstancia prevista como desencadenante de la extinción del contrato, y por otro lado no es dudoso que el Ayuntamiento ha procedido a llevar a cabo simultáneamente la externalización de esa parte de su actividad y la amortización de las plazas que desempeñaban los trabajadores, dejando de incluirlas en la RPT de 2009, como ha subrayado la sentencia de instancia.

En principio, la amortización de la plaza es una circunstancia que la jurisprudencia considera suficiente para la justificación de la extinción de un contrato de interinidad por vacante, o de cobertura de plaza por proceso de selección, regulado en el art. 4 del RD 2720/98. En este sentido la jurisprudencia ha declarado lo siguiente:

"el pacto de los contratos de interinidad en los que se conviene la prestación de servicios hasta que la plaza sea provista en propiedad, ha de entenderse sujeto a la condición subyacente de la pervivencia del puesto de trabajo. Conclusión que responde a la propia naturaleza de la relación contractual de interinidad, referida al desempeño con carácter de provisionalidad de un puesto de trabajo. Entenderlo de otro modo llevaría a conclusiones absurdas ya que supondría la transformación del hecho de la interinidad en una situación propia de un contrato indefinido - pues el cese del interino solo se produce por la incorporación del titular, lo que en principio no procede al suprimirse la plaza -, o bien significaría la vinculación de la Administración a proveer una plaza que estima innecesaria, puesto que la ha suprimido. Por ello ha de entenderse que los contratos de interinidad no limitan ni eliminan las facultades de la Administración sobre modificación y supresión de puestos de trabajo, y que la supresión de la plaza es causa justa de la finalización del contrato temporal de interinidad"(sentencias del TS de 12-3-02 y 20-1-04 entre otras).

Sin embargo en el presente supuesto se da la particularidad de que simultáneamente, en los meses de diciembre 2008 y enero 2009, se han desarrollado los procesos de amortización de las plazas de los actores y de adjudicación de la actividad de deportes del Ayuntamiento o externalización del área en que anteriormente prestaban servicios los demandantes para que la gestione una empresa en régimen de contratación administrativa. Se hace preciso determinar si ello implica un supuesto de sucesión de empresas, de forma que si ello fuera así no cabría reconocer eficacia a la extinción de los contratos de los actores, pues de otra forma se eludirían las normas imperativas sobre subrogación empresarial mediante la utilización de un tipo de contrato precisamente con esa desviada finalidad. La amortización no obedecería a que la plaza no fuera necesaria, sino al propósito de evitar la subrogación.

Siguiendo la jurisprudencia y en particular la doctrina sentada en la reciente sentencia del TS de 28-4-09, procede señalar que la sucesión de empresa, regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, impone al empresario que pasa a ser nuevo titular de la empresa, el centro de trabajo o una unidad productiva autónoma de la misma, la subrogación en los derechos laborales y de Seguridad Social que tenía el anterior titular con sus trabajadores, subrogación que opera "ope legis" sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes, sin perjuicio de las responsabilidades que para cedente y cesionario establece el apartado 3 del precitado artículo 44. La interpretación de la norma ha de realizarse, tal como retiradamente ha venido señalando la jurisprudencia, a la luz de la normativa Comunitaria Europea-Directiva 77/187 CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de empresas o de centros de actividad, sustituida por la Directiva 98/50 CE de 29 de junio de 1998 y por la actualmente vigente Directiva 2001/23 CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001 - y de la

jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En el presente supuesto se trata, como ya se ha dicho, de determinar si la externalización de la actividad del área de deportes del Ayuntamiento puede constituir un supuesto de sucesión empresarial entre la Corporación Local y la empresa adjudicataria. En esta concreta cuestión la ya citada sentencia del TS de 28-4-09 aporta los siguientes razonamientos:

"Una segunda cuestión se plantea respecto a si el concepto de "transmisión de un conjunto de medios organizados", necesarios para llevar a cabo su actividad, requiere que haya transmisión de la propiedad del cedente al cesionario, o no es necesario que el cesionario adquiera la propiedad de tales elementos para que exista sucesión empresarial.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado de forma reiterada en las sentencias de 17 de diciembre de 1987, My Molle Kiro, 287/86, 12 de noviembre de 1992, 1992/84, Watson Risk y Christensen 209/91, y 20 de noviembre de 2003 Abler y otros, C-340/01, señalando que el ámbito de aplicación de la Directiva abarca todos los supuestos de un cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales concluyendo, la última de las sentencias citadas, que "la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueron puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 77/187".

Por su parte esta Sala, en la ya citada sentencia de 11-12-02, rec. 764/02, entendió que en un supuesto en que se cedió por una empresa a otra un local, con entrada desde el patio central del colegio, dentro del cual estaba ubicada una cocina industrial completamente equipada y apta para elaborar comidas, una nevera industrial etc... además de útiles de limpieza, un local anexo destinado a office y otro destinado a almacén, estando formado el local principal por un comedor escolar y dos servicios, es claro que lo cedido fue una unidad productiva autónoma, sin que represente obstáculo alguno que el título sea un contrato de arrendamiento, pues para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes de la empresa, sino poseer la titularidad del negocio, constituyendo la cesión de bienes, antes relacionados, un negocio cuya titularidad se cede, en palabras del Estatuto y de la Directiva una entidad económica con propia identidad.

En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia de 12 de diciembre de 2007, recurso 3994/06".

Por tanto hay que concluir que en las citadas sentencias del Tribunal de Justicia europeo además de en las del Tribunal Supremo de 11-12-02 y 12-12-07 se ha declarado la sucesión empresarial en supuestos - como el presente - de externalización de actividades, siempre que se de la circunstancia de la transmisión de elementos patrimoniales que constituyan "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 accesorio" (art. 44.2 ET). Queda claro que no es necesario que la entidad sucesora sea propietaria de los medios materiales, siendo suficiente que sean puestos a su disposición, bien por una anterior contratista o adjudicataria, bien por la propia entidad administrativa o empresa que externaliza la actividad.

El examen de la jurisprudencia comunitaria que realiza nuestro TS le lleva a la conclusión de que en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, cabe apreciar la subrogación sin necesidad de la transmisión de tales elementos, aplicando así el denominado criterio de "sucesión en la plantilla", es decir que la totalidad o una parte importante de los trabajadores de la antigua empresa haya sido contratada por la nueva. Como señala la sentencia del TS de 4.4.05, su jurisprudencia hubo de sufrir una ampliación para acoger la tesis del TJCE (sentencias Suzen de 11 de marzo de 1997, Hernández Vidal y Sánchez Hidalgo de 10 de diciembre de 1998, Temco, de 24 de enero de 2002 y Sodexho, de 20 de noviembre de 2003) en el sentido de que también habría subrogación cuando el nuevo empresario se hace cargo de una parte significativa del personal y se trata de una empresa cuya actividad se basa fundamentalmente en la mano de obra, lo que ocurre sobre todo en determinados sectores económicos, como los de limpieza o vigilancia.

Este criterio se analiza también en la STS ya citada de 28-4-09 en la que se llega a la siguiente conclusión, a modo de resumen:

"(...) en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continúa con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario.

Por contra, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión de empresa si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad."

Cabe, además, señalar, que en la sentencia del TS de 27-6-08, citada en uno de los escritos de impugnación del recurso, se rechazó la aplicación del art. 44 del ET en un supuesto inverso pero similar - la reversión de una contrata - porque en aquel caso no se demostró ni la transmisión de elementos patrimoniales ni la asunción de una parte

significativa de los trabajadores de la empresa contratista. Y asimismo es pertinente precisar que en el supuesto examinado por laSTS 29-5-08 , relativo a la externalización por un Hospital de su servicio de limpieza, se negó la subrogación porque no existió transmisión de medios materiales ni podía apreciarse el criterio de la sucesión en plantilla porque esa sucesión precisamente era lo que se debatía en el litigio, al oponerse las trabajadoras a la subrogación.

Pues bien, en el caso examinado se trata de la adjudicación administrativa de la gestión de las actividades deportivas del Ayuntamiento de Galapagar, que se lleva a cabo por la codemandada OPADE S.A. con sus propios recursos materiales y personales, pero lógicamente las actividades se desarrollan en las instalaciones, pistas y campos del Ayuntamiento (hecho probado 13º), en definitiva, todo el equipamiento y material deportivo existente en el centro municipal, de donde se ha de concluir que se ha producido una transmisión de elementos patrimoniales de índole material que configuran una unidad económica susceptible de explotación, sin que sea necesario, como ya se dijo, que la empresa adjudicataria sea propietaria de esos bienes. Por lo demás, y ya en la hipótesis no aceptada de que se tratara de una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, habría que entender que es de aplicación el criterio de sucesión en la plantilla, pues en el hecho probado 13º consta que OPADE S.A. ofreció a todos los trabajadores que habían prestado servicios para el Ayuntamiento la posibilidad de seguir trabajando con una contratación ex novo, lo que no fue aceptado por algunos, y en la actualidad hay unos 40 monitores en OPADE S.A. que provienen del Ayuntamiento frente a sólo unos 10 monitores nuevos.

Por todo lo razonado se han de estimar los motivos y el recurso, con declaración de improcedencia de los despidos teniendo en cuenta una antigüedad de 6-11-07 para todos los actores, (...) condenando a la codemandada OPADE S.A. que es quien legalmente venía obligada a subrogarse>>.

No existiendo elementos que permitan determinar un cambio de criterio procede estimar el recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia de fecha 3 de julio de 2009 dictada por el Juzgado de lo Social nº 20 de Madrid , en autos nº 249/2009, seguidos a instancia de Cirilo ,Jose Ramón ,Agapito yLeonor contra AYUNTAMIENTO DE GALAPAGAR y ORGANIZACIÓN Y PROMOCIÓN DE ACTIVIDADES DEPORTIVAS S.A. en reclamación por DESPIDO, revocando la misma y declaramos improcedente el despido de los trabajadores condenando a la empresa ORGANIZACIÓN Y PROMOCIÓN DE ACTIVIDADES DEPORTIVAS S.A. a que, en el plazo de CINCO DIAS desde la notificación de la presente sentencia, opte entre la readmisión de los trabajadores o el abono de una indemnización de, a:

-Cirilo 1.856,40 euros (mil ochocientos cincuenta y seis euros con cuarenta céntimos de euro).

-Jose Ramón1.392,30 euros (mil trescientos noventa y dos euros con treinta céntimos de euro).

-Agapito 2.320,50 euros (dos mil trescientos veinte euros con cincuenta céntimos de euro).

-Leonor 1.856,40 euros (mil ochocientos cincuenta y seis euros con cuarenta céntimos de euro), y, además, cualquiera que sea el sentido de la opción, a que les abone una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se prueba por el empleador lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. De no optar expresamente se entiende que lo hace por la readmisión. De los salarios de tramitación se deducirán el período coincidente con la incapacidad temporal.

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

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

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

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto en los artículos 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral , que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, y por lo que respecta a los dos últimos preceptos dichos (227 y 228), que el depósito de los 300 euros deberá ser efectuado ante la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse ante ella y en su cuenta número 2410, abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal de la calle de Barquillo, nº 49, oficina 1006, de Madrid, mientras que la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá acreditarse, cuando así proceda, por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso de

casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número 282700000550309 que esta Sección tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en C/ MIGUEL ÁNGEL, 17, de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria 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 ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depósitos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 201, 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 1.995 , y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

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

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