



Roj: STSJ CL 4207/2015 - ECLI:ES:TSJCL:2015:4207
Id Cendoj: 47186340012015101479
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Valladolid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1277/2015
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 01519/2015

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983413204-208

Fax: 983.25.42.04

NIG: 24089 44 4 2014 0000466

402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0001277 /2015 R.L.

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000148 /2014

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña AYUNTAMIENTO DE SAN ANDRES DEL RABANEDO AYUNTAMIENTO DE SAN ANDRES DEL RABANEDO

ABOGADO/A: JUAN CARLOS FERNANDEZ MARTINEZ

PROCURADOR: CONSTANCIO BURGOS HERVAS

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: GESTION Y EXPLOTACION INTEGRAL S.L., Norberto , BERCAR 6693 S.L. , Rodrigo

ABOGADO/A: MARIA ISABEL VALBUENA CUERVO, ELICIO DIAZ GOMEZ , , LUIS FONSECA-HERRERO GONZALEZ

PROCURADOR: EMILIA CAMINO GARRACHON, , , JORGE RODRIGUEZ-MONSALVE GARRIGOS

GRADUADO/A SOCIAL: , , JOSE JAVIER MARTINEZ GONZALEZ ,

Autos 1277 /2015

Ilmos. Sres.

D. Emilio Álvarez Anllo

Presidente de la Sección

D. José Manuel Riesco Iglesias

D. Rafael Antonio López Parada/

En Valladolid a veintitrés de Septiembre de dos mil quince.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 1277 de 2.015, interpuesto por EL AYUNTAMIENTO DE SAN ANDRES DE RABANEDO contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº DOS de LEON(Autos:) de fecha 22 de Enero de 2015, en demanda promovida por Rodrigo contra GESTION Y EXPLOTACION INTEGRAL, S.L., AYUNTAMIENTO DE SAN ANDRES DE RABANEDO, Norberto Y BERCAR 6693, S.L., sobre DESPIDO DISCIPLINARIO, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. Rafael Antonio López Parada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de de , se presentó en el Juzgado de lo Social de Número , demanda formulada por la parte actora en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes:" **PRIMERO.-** La parte actora, Don Rodrigo , ha venido prestando servicios para la empresa demandada Gestión y Explotación Integral S.L (en adelante Gexín), en el centro de Trabajo del Camino (San Andrés del Rabanedo), con carácter indefinido, antigüedad de 11 de noviembre de 2005, categoría profesional de oficial de segunda y salario bruto de 1.197,95 €/mes, incluida la parte proporcional de las pagas extras y con sujeción al Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

La relación laboral del trabajador con la empresa se articuló a través de diferentes contratos de obra o servicio determinado, desde el 11 de noviembre de 2005 al 30 de septiembre de 2006, del 3 de octubre de 2006 al 15 de septiembre de 2011 y de 1 de marzo de 2012 hasta la fecha del despido.

SEGUNDO.- Los servicios laborales se venían prestando en el centro de trabajo sito en Trabajo del Camino, complejo de ocio y deportivo en cuyas instalaciones se realizaban actividades recreativas lúdicas y de ocio, tales como gimnasio, piscina, spa, restaurante y cafetería.

TERCERO.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo aprobó en sesión de 27 de junio de 2005 los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato denominado «de explotación de las piscinas municipales del Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo y de la construcción y explotación de nuevas instalaciones deportivas y de ocio anejas a éstas».

El contrato fue adjudicado a la empresa Gestión y Explotación Integral S.L., firmándose el contrato administrativo el 31 de octubre de 2005.

El plazo de ejecución material del contrato era de quince años a contar desde la firma del contrato, prorrogable hasta un máximo de 20 años.

CUARTO.- El precitado contrato comprendía por parte de Gestión y Explotación Integral S.L., el mantenimiento integral de todas las instalaciones existentes y las que se construyan, la gestión de la utilización por los usuarios mediante el cobro de las tasas en cada momento vigentes, los servicios de portería, guardarropa, vigilancia y control en el acceso a los edificios, socorrismo y servicios sanitarios básicos y organización de actividades deportivas acordes con la naturaleza de las instalaciones.

QUINTO.- Con motivo de los impagos por parte del Ayuntamiento demandado, se procedió a incoar expediente de modificación sustancial del contrato de "Explotación de las piscinas municipales del Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo y de la construcción y explotación de nuevas instalaciones deportivas y de ocio anejas a éstas", a la vista del resultado de explotación de las instalaciones puesto de manifiesto en anteriores ejercicios por parte de la empresa y la situación económica municipal, habiendo celebrado un previo Preacuerdo de modificación suscrito entre la empresa y el Sr. Alcalde en fecha 21 de diciembre de 2012, previo informe jurídico del Departamento de contratación municipal de fecha 14 de febrero de 2013 (folio 292).

El anterior Preacuerdo no fue aprobado por el Pleno, decidiéndose por la Junta de Gobierno Local la realización de una auditoría a los efectos de rescatar el servicio. Tras la realización de la auditoría, el Ayuntamiento siguió acumulando impagos a Gexín.

SEXTO.- Por escrito de 2 de agosto de 2013, Gexín comunica a la Junta de Gobierno Local la suspensión del contrato con efectos del día 8 de septiembre y por escrito de 14 de agosto de 2013 le comunica que ha iniciado un Expediente de Regulación de Empleo para la suspensión de 17 contratos de trabajo.

SÉPTIMO .- En fecha 19 de septiembre de 2013, el Ayuntamiento requiere a Gexín para que reinicie de forma inmediata la prestación integral del servicio en los términos contratados, alegando, entre otras cuestiones que "el contrato administrativo en su día suscrito y la normativa que le resulta aplicable por razón de su calificación y fecha, no permiten la posibilidad de suspensión del contrato por impago de su precio durante varios meses en los términos que señala el artículo 99.5 TRLCAP, por tratarse de un contrato mixto en el que una parte esencial de la prestación se refiere a un servicio público municipal de carácter básico.."

OCTAVO .- El 2 de octubre de 2013 fue suscrito un documento entre el Ayuntamiento y Gexín, denominado «Acuerdo entre el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo y Gestión y Explotación Integral S.L. para la reapertura del Centro de Ocio de Trobajo del Camino», que no fue sometido al Pleno y en la reunión convocada al efecto no se advirtió de que cualquier cuestión se tenía que acordar en el mismo. En dicho Acuerdo, se hizo constar lo siguiente:

«1. El Ayuntamiento de San Andrés se compromete a realizar un estudio para la subrogación de los trabajadores adscritos al servicio, siempre de conformidad con los pliegos y legislación laboral vigente.

2. Compromiso por parte del Ayuntamiento de San Andrés de aprobación de todas las facturas presentadas y pendientes de presentar por Gexín S.L., antes del 31/12/13, de acuerdo a la estipulación legal del contrato.

3. El Ayuntamiento de San Andrés se compromete a rescatar el servicio, estableciendo como plazo límite para este rescate el 31/12/2013.

4. Compromiso por ambas partes de fijar una cantidad de mutuo acuerdo, que se corresponderá con el importe a abonar por el Ayuntamiento de San Andrés a Gexín, S.L., con motivo del rescate del servicio.

5. La empresa se comprometerá a entregar el día 01/01/14 las instalaciones para que se comiencen a funcionar bajo la dirección municipal. De manera previa y en los días anteriores se realizará un inventario con el funcionario competente que será verificado por ambas partes, levantando un acta que ponga de manifiesto el estado en el que se encuentran las instalaciones.

6. Inmediatamente después de aprobado el rescate del servicio por el pleno y una vez aprobado el estado de las instalaciones y el correspondiente inventario se procederá a la devolución inmediata del aval que da cobertura al contrato.

7. Ambas partes acuerdan que la mensualidad de septiembre no se cobre a los abonados, asimismo en el caso de los abonados anuales y resto de servicios pagados por adelantado se retrasará un mes su vencimiento.

8. El Ayuntamiento de San Andrés se compromete a abonar a la firma de este acuerdo las mensualidades correspondientes a los meses de junio, julio y agosto de 2013. El resto de cantidades pendientes se compromete a abonarlas en el plazo de 15 días desde la firma de este acuerdo.

9. La empresa se compromete a abrir las instalaciones en el plazo de 48 a 72 horas desde el abono, o desde la justificación fehaciente de ese abono, de las facturas correspondientes a las mensualidades de junio, julio y agosto de 2013.

10. El Ayuntamiento de San Andrés se compromete a no iniciar ningún expediente sancionador y por lo tanto a no aplicar ninguna sanción, multa o penalización con motivo de la suspensión del contrato realizada por Gexín S.L.».

NOVENO .- Gexín notificó a los distintos proveedores que a partir del 1 de enero de 2014 el nuevo titular del servicio sería el Ayuntamiento.

DÉCIMO. - En fecha 18 de noviembre de 2013, por el Ayuntamiento se requirió a Gexín a fin de que en el plazo de cinco días comunicara si era su intención o no proceder a la resolución por mutuo acuerdo del contrato suscrito.

En fecha 20 de diciembre de 2013 la empresa presentó escrito en el que comunicó al Ayuntamiento que se iba a los términos que constan en la resolución de 2 de octubre de 2013 y que dará por resuelto el contrato el día 31 de diciembre de 2013.

DÉCIMO PRIMERO.- Con fecha 12 de diciembre de 2013 la empresa Gexín comunicó por escrito al actor su baja en la empresa con efectos desde el día 31 de diciembre de 2013, con el siguiente tenor: "como ya le consta, tras la tramitación del Expediente de Regulación Temporal de Empleo nº NUM001 , justificado en la situación económica negativa derivada del incumplimiento absoluto de las obligaciones de pago por el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo, que dio lugar a la suspensión del contrato el 08/09/2013, fue suscrito con fecha 02/10/2013 un acuerdo que puso fin a la suspensión y, entre otras medidas, el Ayuntamiento adquirió el compromiso de rescatar el servicio, estableciendo como plazo límite el 31/12/2013; así mismo, esta empresa se comprometió a la entrega de todas las instalaciones el día 01/01/2014, para que comiencen a funcionar bajo la dirección municipal.

A la fecha de este escrito esta empresa desconoce en qué forma va a llevar a cabo el Ayuntamiento de San Andrés el rescate del contrato de explotación de las instalaciones, así como si va a asumir la gestión directa de la explotación o va a proceder a una nueva licitación. No obstante, en aras de preservar los derechos de los trabajadores adscritos al centro de trabajo, le informamos que remitiremos al Ayuntamiento de San Andrés comunicación con la puesta a disposición de la información relativa al personal afecto al servicio, a los efectos legales establecidos en el art. 44 del ET , en el art. 25 del II Convenio Colectivo estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios, y en el Capítulo X del IV Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería".

DÉCIMO SEGUNDO .- Posteriormente se celebró una reunión a la que no compareció el Alcalde y en la que el Concejal de Deportes se comprometió a ofrecer en un par de días una propuesta, la cual no fue efectuada.

DÉCIMO TERCERO .- Gexín procedió a entregar la documentación necesaria para la gestión directa del servicio por la administración, entregando las instalaciones el día 31 de diciembre de 2013, a presencia de Notario, el cual comprobó el inventario realizado, certificando la realidad del mismo y el estado de las instalaciones (folios 569 y ss).

DÉCIMO CUARTO.- El día 2 de enero de 2014 se procedió al precinto de las instalaciones deportivas por Orden de la Alcaldía. Ese mismo día Gexín remite comunicación al Ayuntamiento para que se lleve a cabo el cambio de titularidad de los contratos suscritos con las empresas suministradoras de electricidad, gas, telefonía y seguridad.

DÉCIMO QUINTO .- El 30 de enero de 2014 se aprueba por el Pleno de la Corporación el Acuerdo por el cual se dispone la intervención del contrato de explotación de las piscinas municipales del Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo y explotación de las instalaciones deportivas y de ocio anejas a éstas, donde se recoge expresamente que «El Ayuntamiento explotará directamente el servicio, utilizando para ello el personal y material de Gestión y Explotación Integral S.L. En su defecto utilizará otro a su costa» (art. 36. segundo B) a).

En fecha 17 de febrero de 2014 se dirige oficio a la Inspección de Trabajo solicitando sean dados de alta la totalidad de la plantilla de la empresa Gexín, emitiéndose informe de la Inspección Provincial en fecha 21 de febrero de 2014 en el que manifiesta la imposibilidad de tramitar el alta de oficio en la Seguridad Social de los trabajadores por haber causado baja todos ellos en fecha 31 de diciembre de 2013, a través de una decisión unilateral de la empresa de extinguir los contratos de trabajo y al no existir reanudación de la actividad no es posible el alta en la Seguridad Social.

DÉCIMO SEXTO.- El día 8 de julio de 2014 se abren las piscinas del complejo de San Andrés del Rabanedo hasta el día 7 de septiembre de 2014 y; el 9 de julio de 2014 se abrió el complejo de las piscinas de Trobajo del Camino y que siguen operativas en la actualidad, regidas por empresas contratadas por el Ayuntamiento, como son Inca Inserción y Capacitación Social S.L., Norberto y Becar 6693 S.L., además de personal municipal.

-Becar 6693 S.L., tiene un objeto social consistente en la gestión de explotación de establecimientos de hostelería, explotación directa de establecimientos de hostelería (cafeterías, bares, pubs, restaurantes, etc.), y la fabricación, distribución y venta de toda clase de productos de hostelería (folio 892). La empresa tomó posesión anticipada del arrendamiento de las instalaciones de las piscinas municipales por el inminente inicio de la temporada estival, a principios del mes de julio del corriente, y permanece en la misma situación de precario hasta que se produzca una nueva adjudicación del expediente de cesión de uso de las instalaciones (folio 883).

- En fecha 24 de julio de 2014 se adjudicó al codemandado Don Norberto el contrato de servicios con vigencia hasta el día 31 de agosto de 2014, por dos socorristas permanentes, utilizando para ello cuatro

empleados a turnos por no disponer el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo de personal que pueda llevar a cabo los trabajos de socorrista para la piscina de San Andrés al tratarse de trabajos con titulaciones específicas que no pueden llevarse a cabo por el personal municipal existente en la plantilla (folios 908 y ss)-

DÉCIMO SÉPTIMO .- La parte actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

DÉCIMO OCTAVO.- Se celebró el acto de conciliación, resultando «sin avenencia e intentado sin efecto, respecto de las demandadas no comparecientes».

TERCERO.- Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha sentencia por la parte demandada. fue impugnado por la parte demandada . Elevados los autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-El recurso se inicia con cuatro motivos amparados en la letra b del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, que tienen por objeto revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

En primer lugar quiere revisarse el importe del salario mensual del trabajador que consta en el ordinal primero (1197,95 euros con parte proporcional de pagas extraordinarias), para que se diga que era de 1165,15 euros. En el acto del juicio la entidad demandada no hizo objeción alguna a la cuantía salarial propugnada en la demanda, por lo que pudiera considerarse que este debate se suscita extemporáneamente en suplicación. Pero, dado que la sentencia de instancia da por acreditada la nómina que figura en autos y a la que se remite en el recurso, la Sala observa que en realidad la diferencia deriva del cómputo o no como salario del plus de transporte abonado al trabajador, lo que constituye una cuestión meramente jurídica, de manera que en el ámbito fáctico, que es el relevante en este motivo de recurso, valdrá con reseñar que el salario del trabajador sin dicho plus de transporte es de 1165,15 euros y con plus de transporte 1197,95 euros, dejando la cuestión de fondo sobre su cómputo como salario a efectos indemnizatorios para su resolución en el correspondiente motivo de fondo jurídico.

En segundo lugar se quiere añadir un nuevo hecho probado en el que se diga que el acuerdo de 2 de octubre de 2013 al que se refiere el ordinal octavo de los hechos probados fue informado negativamente por el Departamento de Contratación de Ayuntamiento (que señala que la Corporación no debe proceder al rescate del servicio, sino a la resolución del contrato de gestión del servicio con Gexin) y que ese informe fue trasladado a la empresa Gexin en diversas ocasiones entre octubre y diciembre de 2013. Los citados hechos resultan efectivamente de los documentos invocados y pueden tenerse por acreditados, independientemente de su relevancia en orden a la estimación del recurso, lo que habrá de resolverse al analizar los motivos de fondo jurídico del mismo. No obstante y en los términos de la impugnación, ha de dejarse constancia igualmente de que la empresa Gexin, al recibir las notificaciones, manifestó al Ayuntamiento que ello constituía un cambio de criterio respecto del previamente adoptado por el Ayuntamiento y un incumplimiento de lo acordado.

En tercer lugar quiere revisarse el ordinal décimo tercero para dar una nueva redacción al mismo, la cual resulta irrelevante, dado que no se cuestiona el hecho allí consignado y es que el 31 de diciembre la empresa Gexin procedió a entregar en las dependencias del Ayuntamiento las llaves de las instalaciones y a presentar un inventario de las mismas y a entregar diversa documentación, todo ello con fe pública notarial, dejando de prestar en esa fecha el servicio. Lo que en realidad pretende el Ayuntamiento recurrente es cuestionar jurídicamente dicha actuación de Gexin, cuestión que no es propia de una revisión de hechos probados, bastando con precisar y recordar que la redacción del hecho probado no incluye pronunciamiento alguno sobre la legalidad y validez jurídica de dicha actuación de Gexin, ni consta acreditado que el Ayuntamiento de alguna manera aceptase que dicha entrega implicase el rescate del servicio en los términos del previo acuerdo alcanzado entre la empresa y los representantes municipales.

En cuarto lugar y finalmente se pretende revisar el hecho probado décimo quinto para precisar que el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de 30 de enero de 2014 de explotar directamente el servicio no implicó aceptar la legalidad de la actuación de la empresa Gexin y por ello se designó un interventor para gestionar el servicio acordándose que dicha gestión se haría por cuenta y riesgo de Gexin, por el plazo máximo de un año y con cargo al saldo final del contrato administrativo entre el Ayuntamiento y dicha empresa. Así resulta efectivamente de los documentos invocados y puede recogerse como hecho probado, sin prejuzgar ahora su trascendencia en orden a la estimación del recurso y sin que ello signifique que la Sala acepte o rechace la legalidad de la actuación municipal, cuestión jurídica que, en su caso, habría de tratarse en los motivos de

fondo jurídico, de manera que la adición ahora estimada se limita a recoger como hecho lo acordado por el Ayuntamiento y la fundamentación alegada por el mismo.

SEGUNDO.-El quinto motivo de recurso se ampara en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y denuncia la vulneración de los artículos 56.1 y 26 del Estatuto de los Trabajadores , así como 32 del convenio estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, por entender que el plus de transporte abonado en nómina al trabajador no debe computarse como salario a efectos de calcular la indemnización por despido.

El concepto de salario viene definido en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores como "la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo", excluyendo de tal concepto a "las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despido".

Esta definición genérica no especifica qué haya de entenderse por "gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral" por el trabajador, cuya indemnización por el empresario queda excluida del concepto de salario. En sentido estricto la actividad laboral no incluye el desplazamiento al centro de trabajo, puesto que, salvo en el caso de trabajos móviles o itinerantes, donde no existe un centro de trabajo fijo (artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores), la actividad laboral se inicia y termina en el puesto de trabajo (artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores). La exclusión del concepto de salario debiera por ello quedar limitada a aquellos gastos que tiene el trabajador como consecuencia directa de la actividad laboral realizada en el desempeño de su trabajo, por la aportación por el mismo de elementos productivos o realización de gastos necesarios para el desempeño de la misma, como puede ser el desgaste de maquinaria o herramientas propias del trabajador, la aportación de elementos consumibles, gastos de desplazamiento durante la jornada, etc.. Tales gastos deben ser obligatoriamente indemnizados por el empresario, al constituir aportaciones del trabajador cuyo coste no debe repercutir sobre la cuantía salarial, que debe percibirse neta de dichos gastos.

En lo relativo a la indemnización de los gastos por desplazamiento del trabajador de su domicilio al centro de trabajo, la Ley de Contrato de Trabajo (texto refundido de 27 de enero de 1944) no contemplaba el derecho a indemnización alguna. Ocurre sin embargo que el plus de distancia o de transporte se comenzó a regular en determinadas reglamentaciones de trabajo. La disparidad de las regulaciones entre diferentes sectores llevó al Ministerio de Trabajo a dictar una regulación homogénea, que es la contenida en la Orden de 10 de febrero de 1958, por la que se unifican las normas relativas al plus de distancia de las reglamentaciones de trabajo que lo tengan establecido, con exclusión de las dictadas para el campo. Su artículo primero especificaba aquel propósito unificador diciendo que las normas de la Orden solamente afectaban "a aquellas Reglamentaciones de Trabajo con exclusión de las dictadas para el campo que tengan establecido el denominado plus de distancia o indemnizaciones de análoga naturaleza, quedando modificados en este sentido los preceptos correspondientes de las respectivas Ordenanzas laborales". No se implantaba por ello el plus con carácter general, sino solamente se unificaban las diferentes regulaciones. A continuación se regulaba el derecho a la percepción en función del concepto de "casco urbano" y siempre que la distancia del centro de trabajo al casco urbano de la localidad de residencia fuese superior a dos kilómetros, dejando que fuesen las autoridades municipales y laborales las que determinasen en cada caso los límites del casco urbano (los criterios para computar la distancia se unificaron mediante Resolución de la Dirección General de Ordenación del Trabajo publicada en el BOE de 19 de julio de 1963). Se regulaba cómo había de fijarse la residencia del trabajador y los cambios de domicilio y se cuantificaba el mismo en 0,70 pesetas por kilómetro (descontados dos de ellos), siempre computando el trayecto más corto. Igualmente se regulaban los supuestos de exención y el uso de transporte público.

Esta regulación no fue nunca revisada, tampoco en su cuantía y aunque jamás ha sido derogada expresamente, sí fue sustituida progresivamente por las regulaciones del citado plus en las sucesivas Ordenanzas Laborales y después en los convenios colectivos que se fueron pactando. Dicha práctica negocial consolidó la existencia de una gran variedad de pluses o complementos de distancia o de transporte, que incluso se han venido estableciendo en las empresas fuera del marco de los convenios colectivos, favoreciendo en la práctica su extensión la exención de cotización a la Seguridad Social que, total o parcialmente, ha tenido durante muchos años y a la que a continuación nos referiremos.

La exención de cotización a la Seguridad Social del plus de distancia o de transporte se fundamentaba en la consideración del mismo como un concepto no salarial. Esa naturaleza no salarial venía establecida

en las Ordenanzas Laborales y en los Convenios Colectivos que regulaban el plus, pero es obvio que, en cuanto normas subordinadas a las leyes laborales, no es admisible jurídicamente que un concepto que tiene naturaleza salarial conforme a la legislación laboral, deje de tenerlo por una disposición de convenio colectivo. Sin embargo la propia normativa laboral apoyó la naturaleza no salarial del plus de transporte que justificaba su exclusión de cotización. Antes del Estatuto de los Trabajadores y más allá de la regulación de la Ley de Contrato de Trabajo (cuyo texto de 1944 no contemplaba plus de distancia o transporte alguno, como hemos dicho), la regulación global del salario se realizó por el Gobierno mediante Decreto. El Decreto 1844/1960, de 21 de septiembre, dispuso en su artículo 4 que no formaban parte del salario, (esto es, que no tenían naturaleza salarial), entre otras, "las

cantidades que se abonen en concepto de dietas, gastos de viaje o de locomoción, distancia, desgaste de herramientas y cualquiera otra clase de indemnizaciones que impliquen reembolso de un gasto efectuado por el trabajador a causa de su

trabajo". La exclusión de la naturaleza salarial del plus de transporte se confirmó por la normativa salarial que sustituyó a la de 1960. Aunque el Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, que sustituyó al Decreto 1844/1960, contenía en su artículo 3 un texto más genérico, que no identificaba como excluido al plus de distancia o de transporte, antecedente directo del artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, lo cierto es que al desarrollar el mismo por Orden de 29 de noviembre de 1973, el Ministerio de Trabajo dispuso en su artículo 4 que se consideraban como indemnizaciones o suplidos, no salariales, los siguientes:

"El quebranto de moneda; las percepciones por desgaste de útiles o herramientas, o para la adquisición de prendas de trabajo; los gastos de locomoción y las dietas de viaje; los pluses de distancia y de transporte urbanos; la dote por matrimonio del personal femenino, y cualesquiera otros de igual naturaleza indemnizatoria o de compensación de suplidos".

Añadiendo también:

"Se consideran prestaciones de la Seguridad Social las enumeradas en el artículo 20 de la Ley de 21 de abril de 1966, que se abonen por las Entidades Gestoras o Servicios Comunes de aquélla y por las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo, o directamente por las empresas, de acuerdo con las normas que regulan la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones y la colaboración de las Empresas en la Seguridad Social. Tendrán también la consideración de prestaciones de la Seguridad Social las mejoras voluntarias de la acción protectora de ésta, que hayan sido autorizadas u homologadas en virtud de lo previsto en los artículos 182 y siguientes de la Ley de 21 de abril de 1966. No formarán tampoco parte del salario los demás servicios asistenciales y de Seguridad Social complementaria que puedan establecerse por las Empresas, así como los de asistencia social relativa a fines formativos, culturales, deportivos o recreativos; los créditos no reintegrables en su totalidad o en parte, para atenciones extraordinarias personales o familiares; las referentes a economatos, comedores o instituciones de esa misma índole y, en general, cualesquiera otros beneficios del mismo carácter".

Por tanto en virtud de esa normativa laboral el plus de distancia o de transporte no tenía naturaleza salarial. De forma análoga se recogía como concepto excluido de la base de cotización. Ya aparecía así excluido del concepto de salario a efectos de la indemnización de accidentes de trabajo en el artículo 58 del Reglamento aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956. Posteriormente se excluyó de la base de cotización de las restantes contingencias de Seguridad Social por las sucesivas leyes de Seguridad Social a partir de la Ley 24/1972 (artículo 2.1.a), cuando la cotización por contingencias comunes dejó de hacerse por bases tarifadas y pasó a realizarse por el salario real. Así pasó a los textos refundidos de 1974 (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, artículo 73.1.a) y de 1994 (Real Decreto 1/1994, de 20 de junio, artículo 109.2.a).

De toda esta regulación se desprendía con claridad que la voluntad del legislador era excluir el concepto de plus de transporte o de distancia de la naturaleza salarial y, por tanto, de cotización y así lo ha venido recogiendo de forma constante y homogénea la jurisprudencia, salvo para supuestos que pudieran calificarse como fraudulentos. Pero esta regulación se ha visto afectada por importantes cambios normativos posteriores.

En primer lugar por la expresa derogación de la regulación sobre ordenación salarial por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, perdiendo vigencia tanto el Decreto 2380/1973 como su Orden de desarrollo de 29 de noviembre de 1973 (disposición derogatoria única de la Ley 11/1994). Desde ese momento la única referencia normativa específicamente laboral de que disponemos para calificar la naturaleza salarial del plus de transporte es el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, en los términos antes analizados ("indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral"). Sin embargo pervivía la exclusión de cotización en materia de Seguridad Social, en virtud del artículo 109 de la Ley

General de la Seguridad Social y del artículo 23 del Reglamento de Cotización (aprobado por Real Decreto 2065/1994). Por inercia y en aplicación de la normativa de Seguridad Social se siguió entendiendo por ello, a pesar de la derogación del artículo 4 de la Orden de 29 de noviembre de 1973, que el plus de transporte o de distancia seguía teniendo naturaleza extrasalarial.

Ocurre que la normativa sobre cotización del plus de transporte o de distancia sufrió un cambio en 1997, puesto que el artículo 82 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre y el artículo 2.2 del Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre, modificaron el artículo 109 de la Ley General de la Seguridad Social y el artículo 23 del Reglamento de Cotización, respectivamente, y establecieron un límite cuantitativo a la exención de cotización del plus de transporte o de distancia, límite fijado inicialmente en un 20% del salario mínimo interprofesional (sin incluir la parte proporcional de pagas extraordinarias) en términos mensuales, límite que después se modificó por el Real Decreto 1041/2005 para hacer referencia al indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM).

En este momento se presentó la duda jurídica sobre si la alteración normativa en materia de Seguridad Social trascendía al ámbito laboral, de manera que hubiera de considerarse como salarial la cuantía del plus de transporte que excediese de dicho límite del 20% del IPREM mensual. En contra de la traslación al ámbito laboral de la normativa de Seguridad Social jugaría el principio de seguridad jurídica, puesto que el Gobierno, a partir de la reforma del artículo 23 del Reglamento de Cotización en 1997 por el Real Decreto 1426/1997, vino a remitirse, en relación con diversos conceptos laborales, a la normativa tributaria del impuesto sobre la renta de las personas físicas, lo que implica que los conceptos afectados por tal remisión serían considerados salariales o no en el ámbito laboral siguiendo los cambiantes criterios de la legislación tributaria.

La legislación laboral, una vez que se derogaron las normas salariales de 1973 en la reforma de 1994, se limita a las prescripciones genéricas del artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores. Este artículo no ha sido derogado ni modificado y excluye del concepto de salario, a efectos laborales, a "las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral". Cuando estemos ante gastos realizados por el trabajador "como consecuencia de su actividad laboral" (como ocurre, por ejemplo, en el caso del abono de dietas y gastos de alojamiento y manutención por desplazamientos laborales temporales), el empresario está obligado a compensar los mismos y tal compensación no tienen naturaleza salarial sea cual sea su cuantía, a pesar de lo que pueda establecer la legislación tributaria o la de Seguridad Social en relación con su tributación o cotización, aunque siempre que concurren dos condiciones:

- a) Que compensen gastos en los que efectivamente haya incurrido el trabajador y no meramente ficticios o teóricos;
- b) Que dichos gastos se hayan realizado para el desempeño de la actividad laboral y no por otros motivos.

Sin embargo, en relación con el plus de transporte, hay que tener en cuenta que, como hemos visto, no existe esa relación con la relación laboral, porque, salvo en el caso de centros móviles o itinerantes, el trabajo se inicia con la incorporación al puesto de trabajo y con carácter general el gasto de desplazamiento al centro de trabajo no es imputable al empresario, como otros muchos gastos extralaborales que corren por cuenta del trabajador y que el empresario no tiene la obligación de indemnizar o compensar, aunque guarden una relación causal con el trabajo, en el sentido de que se hacen precisos para que el trabajador pueda desempeñar su trabajo (así, por ejemplo, los posibles gastos necesarios para atender a los hijos menores u otros familiares durante el tiempo de trabajo en el que el trabajador no puede hacerlo, etc.). Aunque exista relación causal con el trabajo, no existe relación causal con la propia actividad productiva y por ello estos gastos son diferentes a los que el trabajador se ve obligado a hacer para el desarrollo de su actividad laboral, como puede ser la aportación de su vehículo para el cumplimiento de sus funciones laborales. Estos otros gastos constituyen "inputs" productivos que debiera hacer la empresa y sin embargo asume el trabajador y por tanto existe una relación directísima con la propia actividad productiva, que obliga al empresario a indemnizar los mismos (puesto que de otra forma estaría detrayendo tales gastos del montante neto del salario debido), por lo que esa compensación no tiene naturaleza salarial, sino indemnizatoria y se sitúa dentro de los términos de la exclusión del concepto de salario definida por el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores. No es el caso, como vemos, del plus de transporte.

Si el plus de transporte estaba excluido de su consideración como salarial era por una determinación normativa expresa en la Orden de 29 de noviembre de 1973 y, una vez derogada la misma, por aplicación analógica de la normativa de Seguridad Social. Si la exclusión de la naturaleza salarial venía determinada

por dicha aplicación analógica de la normativa de Seguridad Social en relación con su cotización, los cambios de dicha normativa tienen una repercusión directa sobre la calificación de la naturaleza jurídico-laboral de dicho concepto.

Así se ha recogido por esta Sala en diversas ocasiones, al calificar como salariales aquellas cantidades abonadas al trabajador en concepto de plus de transporte por encima del 20% del IPREM mensual y extrasalariales las abonadas por debajo de dicho límite, todo ello ya bajo la legislación de Seguridad Social vigente después de 1997 (sentencias como las de 29 de julio de 2011, recurso 1286/2011 ; 14 de septiembre de 2011, recurso 1150/2011 ; ó 25 de julio de 2012, recurso 1023/2012).

Siguiendo ese criterio, hay que considerar que la entrada en vigor de la disposición final tercera del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre , que modificó el artículo 109.2.a de la Ley General de la Seguridad Social , y del Real Decreto 637/2014, de 25 de julio (que modificó el artículo 23 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre), que han convertido en plenamente cotizable dicho plus en el ámbito de la Seguridad Social, se proyecta igualmente sobre el ámbito laboral y determina su calificación como salarial desde el 22 de diciembre de 2013 (disposición final décima del Real Decreto-ley 16/2013), siendo por ello aplicable a todo el periodo temporal aquí analizado.

Por consiguiente el motivo es desestimado.

TERCERO.-Finalmente y con el mismo amparo procesal se denuncia la vulneración del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , del artículo 25 del convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios y la vulneración de diversa doctrina jurisprudencial. Sostiene el Ayuntamiento recurrente que la actuación de la empresa Gexin fue ilícita y constituyó un incumplimiento de sus obligaciones en el marco del contrato de gestión de servicios públicos, que tal actuación no estaba justificada por el previo acuerdo alcanzado con la representación municipal para el rescate del servicio, que finalmente no se produjo y que por tanto Gexin debió seguir a cargo del mismo, de manera que no existió un rescate del servicio público por la Administración municipal, sino de una intervención o secuestro temporal del mismo ante el incumplimiento del concesionario de sus obligaciones, no siendo de aplicación el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores a la asunción temporal del servicio por parte del Ayuntamiento. Se añade que en el momento en que se produce la asunción del servicio por parte del Ayuntamiento no existían ya trabajadores de Gexin adscritos al mismo, por cuanto esa empresa había extinguido los contratos de trabajo de los que prestaban servicios en el centro de ocio de Trobajo y piscinas de San Andrés el 31 de diciembre de 2013. Añade finalmente que no le resulta de aplicación el convenio colectivo de instalaciones deportivas al Ayuntamiento y éste, por ello, no estaba obligado por las disposiciones del mismo a hacerse cargo de la plantilla.

Para analizar este motivo hemos de partir de que, efectivamente, no son las disposiciones del convenio colectivos las que pudieran determinar la asunción de la plantilla por parte del Ayuntamiento, sino en todo caso las contenidas en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , así como las de la Directiva 2001/23/CE que dicho artículo incorpora al ordenamiento jurídico español.

Hemos de partir de que la Directiva 2001/23/CE es aplicable al caso, a pesar de tratarse de un servicio público, puesto que se trata de una actividad económica, aún cuando sea desarrollada por la Administración, dado que así ha de calificarse la gestión y explotación de unas piscinas y centros deportivos (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de septiembre de 2011 en el asunto C 108/10 (Ivana Scattolon

vs. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca). Aún cuando no fuese de aplicación la Directiva por sí sola, hay que tener en cuenta que la legislación española aplica la normativa sobre sucesión de empresas incorporada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores a todos los contratados laborales de las Administraciones, independientemente de la naturaleza del servicio al que estén adscritos.

Sentado lo anterior, el elemento determinante para aplicar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no es el título jurídico por el cual el Ayuntamiento haya asumido el servicio público, esto es, resulta irrelevante que se trate de la municipalización de un servicio anteriormente privado, del rescate de un servicio externalizado o de una intervención temporal del mismo. En este sentido hay que manifestar que es totalmente innecesario que el órgano judicial social entre a determinar tal calificación o se pronuncie sobre la legalidad de la actuación administrativa o de la empresa concesionaria. Se trata de aspectos propios de la jurisdicción contencioso-administrativa que el órgano judicial social podría verse obligado a resolver a título prejudicial, pero solamente si ello fuese necesario para pronunciarse sobre la controversia laboral que es de su competencia. Pero en este caso tal necesidad no existe y por tanto no es preciso hacer pronunciamiento alguno sobre la legalidad de la actuación de Gexin y del Ayuntamiento. Los eventuales litigios entre ambos

habrán de ser resueltos en vía contencioso-administrativa. Lo relevante es si se produjo el supuesto de hecho determinante de la aplicación de la normativa sobre sucesión de empresas, esto es, si hubo una transmisión de una unidad productiva entre ambas partes. Si tal transmisión existió se producirá sucesión de empresas y el Ayuntamiento pasó a ser empleador de los trabajadores adscritos al servicio, independientemente de las responsabilidades que pueda exigir a Gexin si se entendiese que esta concesionaria incumplió sus obligaciones como tal.

El criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión a los efectos de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es si la entidad productiva de que se trata mantiene su identidad tras el cambio de titular, lo que resulta, en particular, de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986, Spijkers y de 11 de marzo de 1997 , Süzen). 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 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de septiembre de 1995 , Rygaard). Así, el concepto de entidad hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Süzen, antes citada). 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 trata, 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 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 (véanse, en particular, las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, antes citadas, Spijkers y Süzen). Es preciso valorar el conjunto de los elementos transmitidos, sumando los elementos materiales, los personales y los de naturaleza inmaterial, para determinar si existe una unidad económica con cierta autonomía y que mantiene su identidad tras la transmisión. Este es el criterio de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 29 de julio de 2010 en el asunto C-151/09 (caso Ayuntamiento de La Línea de la Concepción).

Pues bien, en este caso el conjunto de elementos cuya posesión tenía Gexin hasta el 31 de diciembre de 2013 estaban formados por un conjunto de instalaciones deportivas y piscinas, en las cuales prestaban servicios los trabajadores. El día 31 de diciembre de 2013 Gexin pierde la posesión de tales instalaciones, que entrega al Ayuntamiento recurrente. Y éste, aún considerando ilícita la actuación de Gexin, no solamente no rechazó tal entrega, sino que asumió expresamente la gestión de tales piscinas e instalaciones, aún con voluntad de que dicha gestión fuese temporal e incluso materializó tal asunción mediante un acto administrativo ad hoc. Esas instalaciones constituyen una unidad productiva autónoma, que venía siendo gestionada como tal, de manera que concurre la transmisión de la posesión material de la unidad productiva que determina la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y la existencia de sucesión de empresas. Con motivo de la asunción de las instalaciones y servicios por parte del Ayuntamiento se produjo la transmisión de las relaciones laborales de los trabajadores adscritos a las mismas.

Frente a ello no puede oponerse el tiempo transcurrido entre el día en que Gexin hace entrega de las instalaciones y pierde la posesión de las mismas y el día en que el Ayuntamiento formalizó por acuerdo del pleno su asunción del servicio para su explotación directa (el 30 de enero de 2014, conforme al ordinal décimo quinto de los hechos probados), puesto que el escaso tiempo transcurrido no hizo desaparecer la identidad de la unidad productiva, sin que tampoco pueda decirse que los contratos laborales de los trabajadores hubieran sido extinguidos por Gexin, dado que lo que consta en hechos probados es que dicha empresa comunicó a los trabajadores que desde el día 31 de diciembre dejaba de asumir la gestión del servicio y éste sería asumido por el Ayuntamiento, invocando expresamente la sucesión de empresas, por lo que no hubo manifestación alguna de voluntad extintiva de los contratos, sino todo lo contrario. La negativa a la continuidad de la relación laboral, determinante de la extinción aquí enjuiciada, habrá de imputarse a quien se hizo cargo de la unidad productiva, que no es sino el Ayuntamiento recurrente. Esa voluntad extintiva, vulneradora del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , es la que aquí se enjuicia como un despido, el cual ha de calificarse de improcedente ante la falta de amparo legal del mismo en alguna de las causas extintivas lícitas del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores . Debiendo insistirse una vez más que dicha consecuencia laboral no prejuzga la legalidad o no de la conducta de la concesionaria ni la de la Administración, cuestión ajena a este orden jurisdiccional y que

no se proyecta sobre la existencia de la sucesión de empresas, la cual existe al concurrir el supuesto fáctico determinante de la misma, como es el cambio de titularidad de la unidad productiva.

El recurso por ello es desestimado.

CUARTO.-De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley 36/2011 , reguladora de la Jurisdicción Social, procede imponer las costas del recurso a la parte vencida, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado o graduado social de cada una de las partes contrarias que han actuado en el recurso, los cuales se fijan a estos efectos en 400 euros para cada una de ellas.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

Por lo expuesto y

EN NOMBRE DEL REY

FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por el letrado D. Juan Carlos Fernández Martínez en nombre y representación del Excmo Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo contra la sentencia de 22 de enero de 2015 del Juzgado de lo Social número dos de León , en los autos número 148/2014. Se imponen a la parte recurrente las costas del recurso, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado o graduado social de cada una de las partes contrarias que han actuado en el recurso, los cuales se fijan a estos efectos en 400 euros para cada una de ellas.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.

Se advierte que contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ..

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente cuyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de 600,00 euros en la cuenta núm 2031 0000 66 1277 15 abierta a nombre de la sección 2ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco de Santander, acreditando el ingreso.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de la condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la Entidad Gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ..

Firme que sea esta Sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.