



**INFORME JURIDICO SOBRE ACTUACIONES A SEGUIR POR EL GOBIERNO VASCO, ANTE EL ANUNCIO DE CIERRE UNILATERAL DEL SERVICIO DE ASCENSORES BEGOÑA FORMULADO POR EL EMPRESA CONCESIONARIA EN ESCRITO DE 20 DE JUNIO DE 2014: PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA LA EJECUCIÓN SUBSIDIARIA O INTERVENCION DEL SERVICIO.**

---

**Ref. 77/2014**

Se solicita el día 4 de julio de 2014 informe urgente por motivo del cierre unilateral del servicio de los Ascensores Begoña el día 8 de julio. El escrito plantea tres cuestiones.

Se acompaña documentación entre la que destacamos por su relevancia en relación a las tres cuestiones consultadas el hecho de que el Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial ha **desestimado la solicitud de caducidad de la concesión** denominada "instalación y explotación de dos ascensores eléctricos de servicio público a Begoña" realizada por Ascensores Begoña. (Resolución de 1 de abril de 2014, recurrida en alzada y confirmada mediante Resolución de 24 de junio de 2014).

Pasamos a analizar las tres cuestiones planteadas:

**1.- En relación con el procedimiento en concreto a seguir para que esta administración se haga cargo de la explotación subsidiaria del servicio del servicio de manera provisional hasta que se resuelva la concesión por incumplimiento del concesionario.**

Si se hace efectiva la cesación del servicio del concesionario el día 8 de julio de 2014 y así se acredita mediante acta de inspección, entrarían en juego las facultades que

la legislación contractual reconoce a la Administración como son, por un lado una posible intervención, si se considerase oportuno, asumiendo la gestión y explotación del servicio directamente por la administración, por otro lado, la resolución del contrato por abandono o renuncia unilateral del concesionario.

En este sentido, de entrada, debe tenerse en cuenta que, tal y como señala el Informe de la Dirección de Patrimonio respecto la caducidad, tanto la intervención como la resolución se han de regular por la vigente legislación de contratos, independientemente de que la concesión date de 1943 bajo la vigencia de la Ley General de Obras Públicas, tal y como tienen sentado los Dictámenes citados de Consejo de Estado y de la Comisión Jurídica Asesora (véase en ese sentido el Dictamen 178/2011 del máximo órgano consultivo de nuestra comunidad autónoma).

Si se considera que el servicio es esencial y debe mantenerse y, consecuentemente, en un primer momento se opta por la intervención prevista en el artículo 285 del TRLCSP, entendemos que ello no impide una posterior resolución de la concesión si dicho incumplimiento del concesionario tiene una vocación de irrevocabilidad, así lo facultan diversos preceptos del TRLCSP.

Por lo tanto, de cara a asumir la explotación del servicio (art. 249.1.g del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante TRLCSP, aprobado por RDLeg. 3/2011 de 14 Noviembre) habría que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 285 del TRLCSP previsto para los contratos de gestión de servicios públicos:

*“Artículo 285 Incumplimiento del contratista*

Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público y la Administración no decidiese

la resolución del contrato, podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquélla desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado.”

Como decíamos, aunque en un primer momento se opte por la intervención prevista en el artículo 285 del TRLCSP, entendemos que ello no impide una posterior resolución de la concesión.

Subsidiariamente al artículo 285 entendemos también aplicable lo recogido para los contratos de concesión de obras públicas en el 251 TRLCSP, ya que el 276 del citado texto así lo habilita:

“Artículo 251 Secuestro de la concesión

1. El órgano de contratación, **previa audiencia del concesionario**, podrá acordar el **secuestro de la concesión** en los casos en que el concesionario no pueda hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación de la obra pública por causas ajenas al mismo **o incurriese en un incumplimiento grave de sus obligaciones que pusiera en peligro dicha explotación**. **El acuerdo del órgano de contratación será notificado al concesionario y si éste, dentro del plazo que se le hubiera fijado, no corrigiera la deficiencia se ejecutará el secuestro**. Asimismo, se podrá acordar el secuestro en los demás casos recogidos en esta Ley con los efectos previstos en la misma.

2. Efectuado el secuestro, **corresponderá al órgano de contratación la explotación directa de la obra pública** y la percepción de la contraprestación establecida, pudiendo utilizar el mismo personal y material del concesionario. El órgano de contratación designará uno o varios interventores que sustituirán plena o parcialmente al personal directivo de la empresa concesionaria. La explotación de la obra pública objeto de secuestro se efectuará por cuenta y riesgo del concesionario, a quien se devolverá, al finalizar aquél, con el saldo que resulte después de satisfacer todos los gastos, incluidos los honorarios de los interventores, y deducir, en su caso la cuantía de las penalidades impuestas.

3. **El secuestro tendrá carácter temporal** y su duración será la que determine el **órgano de contratación sin que pueda exceder, incluidas las posibles prórrogas, de tres años**. El órgano de contratación acordará de oficio o a petición del concesionario el cese del secuestro cuando resultara acreditada la desaparición de las causas que lo hubieran motivado y el concesionario justificase estar en

condiciones de proseguir la normal explotación de la obra pública. Transcurrido el plazo fijado para el secuestro sin que el concesionario haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones, el órgano de contratación resolverá el contrato de concesión”.

Declarado el secuestro por el órgano competente, es decir, por el Director de Servicios, la Administración se haría cargo de la gestión y explotación de ese servicio público.

Por otra parte, la declaración del secuestro podrá hacerse con la advertencia de que, de no restablecerse la prestación del servicio de forma inmediata, ello facultará a la administración para resolver el contrato por abandono o renuncia unilateral, por aplicación del artículo 249.1.d TRLCSP en relación a las letras e) y j) del artículo 269 TRLCSP, en las condiciones y con los trámites que se establecen en los artículos 269 y 270 TRLCSP, incluido en su caso el dictamen preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi cuando conste la oposición por parte del contratista (art. 249.2 TRLCSP).

El siguiente paso sería, a tenor de lo expuesto en las preguntas, encomendar dicha gestión y explotación a Euskotren. Para ello, podría bien adoptarse la disposición o resolución procedente o bien suscribirse un convenio de encomienda de gestión con Euskotren, que, entendemos, tiene la consideración de medio propio (véase en este sentido el informe de la Autoridad Vasca de la Competencia de 31 de mayo de 2013, Expte. I-3/2012, “en relación a la consulta realizada por las Juntas Generales de Bizkaia referida a la concurrencia a concursos públicos de Euskotren en competencia con empresas privadas”).

**2.- En relación a si dicha ejecución subsidiaria o intervención del servicio supondría la necesidad de prestar el servicio en las mismas condiciones que la concesión todavía vigente, es decir, con aplicación de las tarifas vigentes.**

En el supuesto de optarse por la intervención o secuestro se debería continuar aplicando las tarifas aprobadas mediante Orden de 1 de octubre de 2013 en el margen de discrecionalidad a la que le faculte dicha Orden.

Ahora bien, una vez resuelta la concesión por incumplimiento, la Administración tendría las manos libres para ofrecer el servicio de manera gratuita (parece ser ésta la intención a tenor de las preguntas). Ahora bien, no sería justificable que en el supuesto de aplicarse tarifas éstas fueran superiores a las aprobadas mediante Orden de 1 de octubre de 2013, ya que se estaría actuando contra nuestros propios actos.

**3.- En relación a si ello supondría hacerse cargo del personal perteneciente a la empresa o se podría prestar el servicio por parte de Euskotren con sus propios medios personales y de manera gratuita para el usuario.**

Lo primero que hay que afirmar es que el concesionario, ante un abandono del servicio público e incumplimiento de las condiciones de la concesión, es el único responsable de los posibles despidos que pudieran producirse a los trabajadores de Ascensores Begoña S.A. A la Administración no le une ningún vínculo laboral que los trabajadores de la concesionaria que ha incumplido las condiciones de la concesión por lo que en ningún caso se debería hacer cargo de dicho personal.

A) En el supuesto de que la Administración optase por la intervención, a pesar de que la concesionaria hubiese despedido a sus trabajadores las garantías del artículo 44 del E.T entrarían en juego:

El artículo 44 ET que transpone la Directiva 77/1987 de la CEE garantiza la estabilidad de los trabajadores para los supuestos de sucesión de empresas. En este sentido, el hecho de que “una de las empresas” sea la Administración que recupera un servicio público como es el caso, no resulta por si solo un hecho que permita eludir la aplicación y consecuencias del precepto, sino que más bien se ha de estar a la comprobación de una serie de cuestiones de hecho, que hay que analizar en cada caso y que son desarrolladas en la Sentencia T.S.J. Extremadura 42/2011, de 3 de febrero. Sentencia referida también a una concesión de un servicio en el que la concesionaria renuncia a la prestación del servicio y el Ayuntamiento se hace cargo de la explotación. La sentencia estima el recurso de suplicación interpuesto por los trabajadores y condena al Ayuntamiento a indemnizarlos. A pesar de la longitud de la transcripción no podemos resistirnos a recoger sus párrafos más interesantes:

“2.-En tal línea tenemos señalado precedentemente (así, sentencias de 21/09/02 R. 555/99, 03/07/02 R. 2116/99 y 24/04/96 R. 1699/96) que los amplios términos en que está redactado el artículo 44 ET determinan - SSTS 13/03/90 y 10/05/91 - que los supuestos de transmisión de empresas en él previstos sean configurados, unas veces acentuando la sucesión en el conjunto orgánico de bienes y derechos que constituyen la empresa, y en otras ocasiones haciendo hincapié en la sucesión de la "actividad", por entender que el entramado sistemático y funcional que subyace a la actividad productiva de la empresa es el auténtico nervio de la misma. De todas formas y con carácter general podemos señalar que el Tribunal Supremo ha venido interpretando el artículo 44 ET -como su precedente artículo 79 LCT - presuponiendo la concurrencia de dos elementos: el subjetivo, representado por la transferencia directa del negocio o centro de trabajo autónomo por cualquier tipo de transmisión; y el objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad de la actividad empresarial, o lo que es lo mismo, que la Empresa se transmita como unidad, en sus factores técnicos,

organizativos y patrimoniales, realizada a través de cualquier figura jurídica y comprendiendo tanto la directa como la llevada a cabo con la interposición de un tercero, que incluso puede ser un Órgano de la Administración. Y precisamente por ello ha de excluirse la aplicación de los aludidos preceptos en los supuestos de transmisión de aislados elementos materiales o instrumentales, pero no del ente unitario que la Empresa representa (en este sentido, las SSTs 06/05/71, 14/11/77, 17/06/83, 03/10/84, 09/10/84, 29/03/85, 26/01/87, 11/05/87 y 12/09/88).

3.-Asimismo se ha mantenido por la más reciente doctrina unificada a partir de las SSTs 13/03/90 y - especialmente- 05/04/93, que ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del fenómeno de subrogación empresarial regulado en el artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, de tal forma que en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera si no ha tenido lugar una transmisión de activos patrimoniales. Esta doctrina - mantenida posteriormente por las SSTs 14/12/94, 23/01/95, 09/02/95, 29/12/97, 29/04/98, 22/05/00, 10/07/00 y 18/03/02 - es coincidente con la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que en interpretación de la Directiva 77/187/CEE (14 febrero) -actual Directiva 01/23 / CE de 12/marzo, ya citada- ha indicado - STJCE 11/03/97, asunto Süzen - que los mandatos de la Directiva no son aplicables en sucesión de contratas "si la operación no va acompañada de una cesión entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial, ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencias, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata" (entre otras, SSTJCE 19/09/95, asunto Rygaard; 15/10/96, asunto Henke; 25/01/01, asunto Oy Liikenne; 24/01/02, asunto Temco Service). Tesis que se había incorporado a la Directiva 98/50 / CE y ahora se recoge en la 01/23 / CE, de 12 /marzo, al decir que "se considerará traspaso a efectos de la presente Directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria".

**Más en concreto, en el supuesto de sucesión de contratas o concesiones administrativas para la prestación de servicios públicos sólo se produce subrogación empresarial si se transmite la unidad productiva o, en otro caso, sólo si lo determina la norma sectorial o lo prescribe el pliego de condiciones de la concesión (SSTs 05/04/93; 14/12/94, 23/01/95, 09/02/95, 29/12/97; 29/04/98; 10/07/00, con doctrina TJCE; 18/03/02). La regla general, entonces, es la no subrogación entre los concesionarios en las concesiones**

**administrativas, con esas únicas tres excepciones; la primera de las cuales ha concurrido".**

En idénticos términos se pronuncian las sentencias del propio Tribunal de 15 de julio de 2005, ambos para un supuesto de servicio de guardería municipal; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de fecha 3 de febrero de 2009, que concluye afirmando la existencia de sucesión empresarial para un supuesto de rescate de la concesión de camping municipal por parte del Ayuntamiento; o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León con sede en Burgos, de 18 de diciembre de 2008, para un supuesto, como el ahora examinado, Residencia Geriátrica y reversión a Corporación Local, que aplicando la doctrina general expuesta, razona: **"En aplicación de dicha doctrina, al caso presente, para poder considerar la existencia de sucesión empresarial en supuestos de concesión administrativa y posterior reversión de la misma, se requiere la entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, de tal forma que en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera si no ha tenido lugar una transmisión de activos patrimoniales.**

Analizando, en base a ello, los ordinales destacados tenemos que: el Ayuntamiento demandado ha puesto a disposición de la empresa concesionaria el edificio de la residencia y todo su equipamiento; la propia recurrente ha fijado las tarifas aplicables; la concesionaria se subrogó en todos los derechos y obligaciones laborales y de SS de los trabajadores contratados en ese momento; el Ayuntamiento ha realizado los ingresos que se detallan en el ordinal décimo a favor de la empresa demandada en base a los acuerdos previos. **De todo ello se deduce que sí ha existido sucesión empresarial en los términos recogidos en la jurisprudencia destacada y a todos los efectos del Art. 44.1 ET "**;

En la misma línea de razonamientos concluye la sentencia indicada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 3 de febrero de 2009, "como recoge la STS, Sala de lo Social, de 4 abril 2005, **Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2423/2003, se mantiene para que exista sucesión de empresas, la necesidad que entre cedente y cesionario exista una transmisión de activo patrimonial.** En otro caso, de conformidad con esa doctrina, la sucesión únicamente se produce por que la imponga el convenio colectivo estatutario que sea de aplicación, o, con determinadas restricciones, cuando se derive del pliego de condiciones de la concesión, acogiendo aquello que un sector de la doctrina estimaba como desviación de la jurisprudencia de la emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia Schmidt de 14 de abril de 1994, rectificada por la sentencia Süzen, de 11 de marzo 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 Sodexo, 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 el Tribunal Supremo 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 rectifica 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. En el supuesto hoy enjuiciado, inalterados los hechos probados o incluso si se hubiesen admitido las revisiones propuestas, nos encontraríamos con que el Ayuntamiento que es propietario del Camping Municipal "El Pinar", con toda la instalaciones completas y dispuestas para su uso, otorga concesión a la empresa Explotaciones Pie de Rey, S.L., el 29 de julio 2005, empresa que se hace cargo de las instalaciones y demás enseres, para comenzar la explotación y lo hace con sus trabajadores, aunque, por determinadas irregularidades, acuerda el Ayuntamiento el rescate de la concesión que comunicado a la empresa para alegaciones, tiene como respuesta la entrega de llaves del Camping el 19 de octubre 2007, fecha en la que se hace cargo del Camping, igualmente con todo dispuesto para su explotación que continúa, el propio Ayuntamiento, con lo que en este caso, de ida y vuelta, tanto el Ayuntamiento en inicio le transmite a la cesionaria, una entidad económica que mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, como la cesionaria, al final de la cesión, al Ayuntamiento, con lo que supuso una transmisión de las que recoge el art. 44 del ET y la sentencia que así lo entendió, no infringió precepto alguno, sino que los aplicó atinadamente, debiendo ser la misma confirmada, condenando al recurrente en costas, por así venir establecido en el art. 233.1 de la LPL ";

Respecto de la cuestión analizada también la doctrina del Tribunal Supremo permite mantener la existencia de subrogación empresarial en los casos de rescate de la concesión por la Administración, tal y como nos recuerda la sentencia de 18 de diciembre de 2008, del TSJ de Castilla León que ya hemos referido. "Así, la Sentencia de 5 de febrero de 1991 siguiendo el criterio expuesto en las de 26 de mayo de 1987 y 20 de julio de 1988, destaca cómo el Organismo Administrativo titular del servicio objeto de la concesión, debe asumir a los trabajadores de la empresa concesionaria cuando recupera los bienes e infraestructura empresarial que constituyen el substrato objetivo de aquella actividad empresarial, aun en el caso de que no se continúe con el servicio y se acuerde su extinción. Por su parte, la de 10 de junio de 1991, señala cómo "para decidir sobre las consecuencias laborales de la reversión producida en el ámbito de la gestión indirecta que viene realizándose por medio de concesiones administrativas, es de evidente utilidad distinguir según las circunstancias de la encomienda, pues en unos casos se entrega al concesionario la infraestructura u organización básica para la explotación del servicio, mientras que en otros no concurre esta puesta a disposición. Respecto a las primeras, la posterior asunción directa por la Administración normalmente genera la aplicación del citado precepto estatutario, no así en cuanto a las segunda, dado que no concurren los presupuestos necesarios para aquella sucesión empresarial". De lo que resulta que lo esencial para que se produzca la sucesión empresarial que regula el Art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, es que hubiera existido transmisión de la infraestructura empresarial necesaria para el desempeño de la actividad objeto de la concesión administrativa. Dándose esta circunstancia, la subrogación opera con independencia de que se adjudique el servicio a un nuevo concesionario, o lo asuma directamente la propia Administración, e incluso, cuando se acuerde por la misma su supresión teniendo la posibilidad de continuarlo";

Tercero.-Aplicado todo lo que antecede al supuesto examinado, hemos de concluir que estamos ante una transmisión de activos patrimoniales, cual es la propia base física de Residencia, edificio y todo su equipamiento, es decir de la infraestructura organizativa y productiva necesaria para la explotación del servicio, que constituye una unidad productiva con autonomía, una entidad económica que conserva su identidad, entendida como conjunto de medios organizados, que revierte al Ayuntamiento codemandando, en toda su extensión, inmueble, enseres y equipamiento necesario, que tras dicha reversión ha continuado funcionando, sin solución de continuidad, incluso con los mismos trabajadores, de forma que la empresa concesionaria cesó en su actividad y al día siguiente continuó con la explotación la Corporación, concurriendo, en consecuencia, por muchas explicaciones que el Ayuntamiento diere, y que ya hemos recogido, del propio modo una asunción de la totalidad de la plantilla de la

empresa codemandada, sin que, como mantiene la recurrente, los trabajadores hayan dejado de prestar servicios ni un solo día. De todo ello se deduce que sí ha existido sucesión empresarial en los términos recogidos en la jurisprudencia que hemos expuesto, y a todos los efectos del Art. 44.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores. Y es que, teniendo en cuenta el supuesto de hecho contemplado, concurre los presupuestos necesarios para apreciar tal, pues, primeramente, como nos recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de octubre de 2009, "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, Watrson 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 """, en alusión a la titularidad del Centro Residencial, que lo es del Ayuntamiento codemandado, teniendo en consideración que, tal y como ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencias de 26 de septiembre de 2000, Mayeur, C-175/99, y de 29 de julio de 2010, UGT-FSP, C-151/09, el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho Público no permite excluir la existencia de la transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23. Y al propio tiempo, tomando en consideración que, tal y como se ha pronunciado el mentado Tribunal de Justicia, por ejemplo en sentencia de 20 de noviembre de 2003, Abler y otros, C- 340/01, "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". Y en el supuesto examinado, tal y como hemos dejado constancia, la transmisión analizada recae sobre una entidad económica que mantiene su identidad tras el cambio de titular,

o como refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2004, y recordaba esta misma Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Extremadura, de 7 de junio de 2007, RS 157/2007, "el indicado Tribunal comunitario ha señalado como elemento fundamental para determinar si existe o no sucesión empresarial el de que se haya transmitido una entidad económica organizada de forma estable, o sea, que se haya producido la transmisión de un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objeto propio y cómo la realidad de aquella transmisión garantista puede deducirse no solo de la transmisión de elementos patrimoniales sino del hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, que se haya transmitido o no la clientela o del grado de analogía entre las actividades ejercitadas antes y después de la transmisión - SSTJCE 18-3-1986 (TJCE 1986\65), Asunto Spijkers o 19-5-1992 (TJCE 1992\99), Asunto Stiiching, 10- 12-1998 (TJCE 1998\309) Asunto Sánchez Hidalgo, 2-12-1999 (TJCE 1999\283) Asunto Allen y otros, 24-1-2002 (TJCE 2002\29) Asunto Temco, entre otras-. En definitiva, hoy lo importante y trascendental es que se haya producido aquella sustitución subjetiva de empresarios o entidades, lo que habrá que concretar en cada caso a partir de las particulares circunstancias concurrentes";

Y la consecuencia de todo lo hasta aquí expuesto ha de ser la prevista en el apartado 3, párrafo segundo, del artículo 44 del ET, a saber la responsabilidad solidaria de la Corporación Local del pago de los salarios adeudados a los demandantes, y la consiguiente estimación del recurso interpuesto.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

### FALLAMOS

ESTIMANDO el recurso de suplicación interpuesto por D. Eulalio, DOÑA Angustia, DOÑA Guillerma, DOÑA Susana y DOÑA Celsa, contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2010, recaída en autos número 235/2010, seguidos ante el Juzgado de lo Social número 2 de Cáceres entre los recurrentes y la empresa GERIEX, S.L. y el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MEMBRIO, sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, REVOCAMOS PARCIALMENTE la resolución recurrida para condenar solidariamente a la Corporación codemandada al pago de las cantidades reconocidas en la sentencia que se recurre, la cual se confirma en cuanto al resto de sus pronunciamientos. “

De continuar la intervención en el tiempo y a la vista de las detalladas consideraciones realizadas en la sentencia que repasan la jurisprudencia más relevante, analizando cuales son los elementos de juicio que hacen apreciar la existencia de una cesión de empresas del artículo 44 de los ET en el caso de concesiones administrativas, apreciamos un alto porcentaje de posibilidades de que la Administración se viese en la necesidad de indemnizar a los trabajadores de la concesionaria por despido improcedente, (esto es a razón de 45 días por año trabajado hasta el 12 de febrero de 2012 y desde esa fecha hasta el 8 de julio a razón de 33 días por año trabajado, según el cambio de legislativo).

B) En el caso de optar por no intervenir el servicio público y tramitar la resolución contractual hasta su finalización para la posterior puesta en marcha de un nuevo servicio con otras características diferentes.

Si bien nunca se pueden descartar posibles demandas de despido contra esta Administración, entendemos que dichas demandas serían desestimadas si, con carácter previo, se resuelve la relación concesional y con posterioridad la Administración optase por encomendar la gestión y explotación del servicio público de los ascensores a Euskotren en un nuevo modelo de gestión y explotación diferente, de carácter gratuito etc. Todo ello, justificando y motivando esa potestad discrecional y los diferentes objetivos de calidad y tipo de servicio que se desean conseguir respecto a cómo lo venía gestionando la concesionaria.

En Vitoria-Gasteiz, a 7 de julio de 2014.

Teodoro Olea Iturregui