



Roj: **STSJ M 3348/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:3348**

Id Cendoj: **28079340062017100229**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/03/2017**

Nº de Recurso: **81/2017**

Nº de Resolución: **257/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **BENEDICTO CEA AYALA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34001360

**ROLLO Nº:** RSU 81/17

**TIPO DE PROCEDIMIENTO:** RECURSO SUPPLICACION

**MATERIA:** DESPIDO

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 8 de, MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 839/2015

**RECURRENTE/S:** UTE TÚNELES AENA (ACENTIA-ASSIGNIA), ACENTIA INSTALACIONES Y SISTEMAS S.L., ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS S.A.

**RECURRIDO/S:** DOÑA Belinda , D. Luis Enrique , D. Aquilino , UTE TÚNELES BARAJAS (UTE FCC-CISER), FCC INDUSTRIAL E INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS SAU, CISER OBRAS Y SERVICIOS S.L..

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID**

En MADRID, a veintiuno de marzo de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID, formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE** , **DON LUIS LACAMBRA MORERA, DON BENEDICTO CEA AYALA** , Magistrados, han pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA nº 257**

En el recurso de suplicación nº **81/17** interpuesto por el Letrado D. GABRIEL VÁZQUEZ DURÁN, en nombre y representación de **UTE TÚNELES AENA, ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS S.A. y ACENTIA INSTALACIONES Y SISTEMAS S.L.** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **8** de los de MADRID, de fecha **SIETE DE ABRIL DE DOS MIL DIECISÉIS** , ha sido Ponente el Ilmo Sr. D. **BENEDICTO CEA AYALA**.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Que según consta en los autos nº **839/2015** del Juzgado de lo Social nº **8** de los de Madrid, se presentó demanda por DOÑA Belinda , D. Luis Enrique , D. Aquilino contra **UTE TÚNELES BARAJAS (UTE FCC-CISER), FCC INDUSTRIAL E INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS SAU, UTE TÚNELES AENA (ACENTIA-ASSIGNIA), ACENTIA INSTALACIONES Y SISTEMAS S.L., ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS S.A., CISER OBRAS Y SERVICIOS S.L. Y AENA S.A.** en reclamación de **DESPIDO**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **SIETE DE ABRIL DE DOS MIL DIECISÉIS** , cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Se estima la demanda formulada por D<sup>a</sup> Belinda con DNI NUM000 , D. Luis Enrique con DNI NUM001 y D. Aquilino , con DNI NUM002 , declarando la improcedencia de los ceses que se produjeron el 1 de julio de 2015.

Como consecuencia de lo anterior, se condena, a UTE ACENTIA INSTALACIONES y SISTEMAS, SL y ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS, SA (UTE TÚNELES AENA), ACENTIA INSTALACIONES y SISTEMAS, SL y ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS SA, a readmitir a los demandantes, en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones anteriores al despido, con abono de salarios de tramitación desde el despido hasta que se produzca la reincorporación (en la cuantía diaria establecida en el hecho probado primero), salvo que en los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, opte por la extinción de la relación laboral, abonando una indemnización a:

-D<sup>a</sup> Belinda con DNI NUM000 de once mil setecientos quince euros con catorce (11.715,14 euros).

- D. Luis Enrique con DNI NUM001 de diez mil novecientos treinta y siete con cincuenta y ocho (10.937,58 euros) y

-D. Aquilino , con DNI NUM002 , catorce mil sesenta euros con ochenta y dos euros (14.060,82 euros).

Se absuelve a UTE TÚNELES BARAJAS (UTE FCC-CISER), -FCC INDUSTRIAL e INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS, SAU, CISER OBRAS y SERVICIOS, SL.

Se absuelve por desistimiento de los actores a AENA, SA".

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

**"PRIMERO.- SOBRE CONDICIONES LABORALES DE LOS ACTORES**

I.- Los demandantes, venían prestando servicios para la UTE BARAJAS, con las circunstancias que se indican a continuación:

D<sup>a</sup> Belinda , desde el 1 de octubre de 2009, Grupo 4 y retribución de 1.586,61 euros/mes o 52,16 euros/día brutos con prorrata de pagas extraordinarias.

D. Luis Enrique , desde el 20 de octubre de 2009, Grupo 3 y retribución de 1.506,76 euros/mes o 49,54 euros/día brutos con prorrata de pagas extraordinarias y

D. Aquilino , desde el 1 de octubre de 2009, Grupo 4 y retribución de 1.904,37 euros/mes o 62,61 euros/día brutos con prorrata de pagas extraordinarias

II.- Se encontraban adscritos al denominado "Servicio de explotación y mantenimiento de los sistemas de seguridad y control de los túneles del aeropuerto Madrid/Barajas y centros e instalaciones relacionados con los mismos", licitado por AENA y del que había resultado adjudicataria UTE BARAJAS con ejecución por ésta desde el 01.10.2009 (Expediente MAD 1076/08).

**SEGUNDO.- SOBRE LOS TÉRMINOS DE LA CONTRATA CON UTE BARAJAS**

I.- Del Pliego de Prescripciones Técnicas del Expediente MAD 1076/08, del que resultó adjudicataria UTE BARAJAS, resaltan las siguientes circunstancias:

*Objeto, forma de desarrollo y elementos*

. Los túneles objeto del Pliego se detallan en el apartado primero.

. Los trabajos se efectúan conforme Manuales e Explotación.

. Las tareas de explotación incluyen el control de operación y actuaciones de mantenimiento competencia de AENA.

. Los elementos sobre los que se actúa lo constituyen los propios túneles y sus instalaciones, centros de control de Túneles (CGA y CGT), Centro de Agentes de Campo y Mantenimiento y Red de Comunicaciones entre estos elementos.

*Actividades a realizar*



-Explotación del sistema de control en el CGA

-Actuaciones en caso de operaciones normales y de mantenimiento, contingencias e incidencias conforme pautas de los Manuales de Explotación.

-Vigilancia

- Mantenimiento de las instalaciones: preventivo con tareas de revisión periódica de las instalaciones y correctivo con resolución de averías.

#### *Subcontratación*

. Se prevé la subcontratación del mantenimiento de alguno de los equipos con los fabricantes de los mismos, particularmente de los programas informáticos asociados a la gestión de los túneles: INDRA y ORTRAT. La Dirección de la concesionaria supervisa la concurrencia de la subcontratación. No se permite el cambio de subcontratación salvo circunstancias excepcionales y previa autorización de la concesionaria.

#### *Personal y medios materiales (Anexo I)*

. En relación al personal se divide en Servicio de Control de operación (que integra un responsable de operación, tres operadores y cuatro agentes de campo) y Servicio de Mantenimiento (coordinador para operación y mantenimiento y cuadrillas de mantenimiento de apoyo (con personal especializado en informática, electricidad y electrónica y obra civil que debe contar con maquinaria, equipamiento, vehículos y medios de comunicación, entre otros).

. Respecto a los medios materiales, entre otros, base de mantenimiento con capacidad para albergar equipos de mantenimiento; vehículos ligeros, furgonetas, camiones, grúas (un vehículo grúa elevador y plataforma elevadora de 15m), andamios, escaleras, plataformas ...

#### *Presupuesto (Anexo II)*

Del total presupuestado en el expediente de contratación (3.408.823 euros para cada año), las partidas referidas a la explotación del sistema de control y vigilancia supone un 32,27% (1.100.000 euros cada año). Las destinadas a mantenimiento (preventivo, correctivo y repuestos) alcanza un 67,73% (2.308.823 euros cada año).

(Por reproducido el PPT y sus Anexos, obrante a los folios ciento cuarenta y ocho a doscientos treinta y siete y Documento 2 de AENA).

II.- El contrato se prorrogó en varias ocasiones hasta el 30.06.2015.

### **TERCERO.- RESPECTO A LOS TÉRMINOS DE LA CONTRATA CON UTE AENA**

I.- Con efectos de 01.07.2015, resultó adjudicataria del contrato para el "Servicio de explotación y mantenimiento de los sistemas de seguridad y control de gestión de túneles del aeropuerto Madrid/Barajas", la codemandada UTE AENA (Expediente MAD 240/2014).

II.- Del Pliego de Prescripciones Técnicas del Expediente MAD 240/2014, resulta sustancial identidad con lo contratado con la anterior adjudicataria UTE BARAJAS.

Se prevé también la subcontratación del mantenimiento de alguno de los equipos con los fabricantes de los mismos, particularmente de los programas informáticos asociados a la gestión de los túneles: INDRA y ORTRAT. La Dirección de la concesionaria supervisa la concurrencia de la subcontratación. No se permite el cambio de subcontratación salvo circunstancias excepcionales y previa autorización de la concesionaria.

III.- Del total presupuestado en el expediente de contratación (2.065.795 euros para el primer año), las partidas referidas a la explotación del sistema de control y vigilancia supone un 42,12% (870.000 euros). Las destinadas a mantenimiento (preventivo, correctivo y repuestos) alcanza un 57,88% (1.195.795 euros cada año).

(Por reproducido el PPT y sus Anexos, obrante al Documento Uno de la prueba documental obrante en CD de UTE AENA).

### **CUARTO.- INVERSIONES DE UTE AENA**

I.- UTE AENA, ha efectuado una inversión en gastos de estructura de 192.214,50 euros (proveedores 37.824,67 euros; subcontratación 60.768,78 euros (Ambar Plus; Indra Preventivo, Ortrat Preventivo y Iberex) y Alquileres 93.621,05).

(Por reproducido el Documento al folio ciento dos y los obrantes a los números 4.1 al 4.32 del CD en el que obra la documental de UTE AENA).

**QUINTO.- SOBRE PERSONAL ADSCRITO A LA ACTIVIDAD**

I.- Se encontraban adscritos a la actividad realizada en la contrata (entre personal contratada por la UTE BARAJAS y sus integrantes) cuarenta y dos trabajadores de los cuales tres personas desempeñaban funciones en puestos de oficina (entre ellos, un encargado, trece operadores, diez agentes de campo y diez personas de mantenimiento).

II.- Han sido contratados para prestar servicios en la UTE AENA, o en alguna de sus integrantes, diecisiete trabajadores de los que anteriormente desarrollaban sus funciones en la UTE BARAJAS o alguna de sus integrantes.

**SEXTO.- EN RELACIÓN A LAS COMUNICACIONES ENTRE LAS CODEMANDADAS**

I.- Con fecha 12 de junio de 2015, UTE BARAJAS, remitió comunicación escrita (con remisión de documentación) a UTE AENA, para que operase subrogación del personal.

II.- Respondió UTE AENA señalando la no subrogación.

(Por reproducidos los documentos obrantes a los números siete a nueve de ramo documental de UTE BARAJAS, incorporado en CD al folio 307 bis).

**SÉPTIMO.- RESPECTO A LAS COMUNICACIONES A LOS ACTORES**

I.- Con fecha 12 de junio de 2015, UTE BARAJAS, remitió comunicación escrita a los actores señalando el cambio de titularidad de la unidad productiva tras la adjudicación a la UTE AENA del contrato con AENA con efectos de 1 de julio de 2015. Se indicó la inexistencia de extinción del contrato de trabajo y la obligación de subrogación.

II.- Tras comunicación remitida por los actores a UTE AENA, mediante comunicación escrita de 24 de junio de 2015, ésta manifestó la no concurrencia de subrogación.

(Documental aportado con demanda. Por reproducida).

**OCTAVO.- INTEGRANTES DE LAS UTES**

I.- UTE BARAJAS, está constituida por FCC INDUSTRIAL E INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS, SAU y CISER, OBRAS y SERVICIOS, SL.

II.- UTE AENA, está formada por ACENTIA INSTALACIONES Y SISTEMAS, SL y ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS, SA.

**NOVENO.- NORMA CONVENCIONAL**

I.- En los contratos de trabajo de los actores se recoge como norma convencional aplicable el Convenio Colectivo de Construcción.

II.- En los contratos suscritos por UTE AENA de los trabajadores adscritos a la contrata se señala como norma convencional de referencia el Convenio de Industria Siderometalúrgica.

**DÉCIMO.- CONDICIÓN DE REPRESENTACIÓN SOCIAL**

I.- No ostentaban los actores condición de representación social

**UNDÉCIMO.- FORMALIDADES DEL PROCESO**

I.- Consta celebrado el intento de conciliación administrativa".

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día 15.03.17.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia, estimatoria en parte de la demanda de despido, por la extinción de la contrata de servicios a la que se encontraban adscritos los demandantes, formulada en autos, recurren en suplicación las entidades condenadas, UTE TUNELES AENA, ASIGNIA INFRAESTRUCTURAS, SA, y ACENTIA INSTALACIONES Y SISTEMAS, SL, como las nuevas adjudicatarias del servicio, por considerar, en esencia, no se dan en autos los requisitos necesarios para poder entender concurre un supuesto de sucesión de empresas que conlleve la responsabilidad de las recurrentes en el cese de los actores, como nuevas adjudicatarias del servicio.



El recurso interpuesto se compone de cuatro motivos, de los cuales los dos primeros, que se amparan en el apartado b) del art. 193 LRJS, se destinan a la revisión de los hechos probados.

En concreto las recurrentes discrepan con el salario declarado probado en el hecho 1º, para el que proponen el siguiente texto alternativo: "Los demandantes venían prestando servicios para UTE TUNELES BARAJAS, con las circunstancias que se indican a continuación: - Doña Belinda, desde el 1 de octubre de 2009, Grupo 4 y retribución de 1.440,77 euros/mes o 48,02 euros/día brutos con prorrateo de pagas extraordinarias. - Don Luis Enrique desde el 20 de octubre de 2009, Grupo 3 y retribución de 1.146,80 euros/mes o 38,23 euros/día brutos con prorrateo de pagas extraordinarias. - Don Aquilino desde el 1 de octubre de 2009, Grupo 4 y retribución de 1.776,40 euros/mes o 59,21 euros/día brutos con prorrateo de pagas extraordinarias".

Se basan para ello en los recibos de salarios aportados a los folios 18, 27 y 40 de los autos, correspondientes al mes anterior a la extinción de la relación laboral de los actores con UTE TUNELES BARAJAS. Y en esencia aducen las recurrentes que para el cálculo del salario regulador del despido la sentencia ha incluido un concepto claramente extra-salarial, como es el denominado "plus extra-salarial" previsto en el convenio colectivo de la construcción de la CAM, así como, y en el caso de D. Luis Enrique, las horas extras realizadas en el mes de mayo del 2015, que no consta fuesen habituales, de manera que, y una vez excluidos tales conceptos, las cantidades resultantes son las que se reflejan en el texto alternativo que proponen. El hecho en parte es cierto, de aceptarse la tesis de las recurrentes. Pero, y como así advierten las empresas recurridas en su escrito de impugnación, la cuestión que se plantea es más bien de calificación jurídica, y no estrictamente fáctica, por lo que su debate y consiguiente resolución debe remitirse, en su caso, al pertinente motivo de infracción normativa. Por ello, y con estas precisiones, se desestima.

**SEGUNDO.-** También interesan las recurrentes la revisión del hecho probado 5º, para el que proponen el siguiente texto: "Se encontraban adscritos a la actividad realizada en la contrata (entre personal contratada por la UTE TUNELES BARAJAS y sus integrantes) cuarenta y dos trabajadores, los cuales se desglosaban en los siguientes puestos: un gerente (Don Elias), dos jefes de obra (Isidro y Don Pablo), una coordinadora de prevención de riesgos laborales (Doña Milagros), un técnico de prevención de riesgos laborales (Don Jose Antonio), un Jefe de Explotación, un responsable de operaciones, un coordinador o Jefe de Mantenimiento, tres personas desempeñaban funciones en puestos de oficina (entre ellos, un encargado, trece operadores, diez agentes de campo y diez personas de mantenimiento). El servicio de control de operación deberá contar con un responsable de operación. El servicio de mantenimiento deberá contar con un coordinador para operación y mantenimiento, definido como Jefe de operación y Jefe de mantenimiento".

Se basan para ello en la documental obrante a los folios 149 y 158, 307 bis, y 222 y 223 de los autos, donde constan, respectivamente, el nombramiento de D. Elias, las personas que ejercían las funciones de jefe de obra, así como los nombramientos de coordinadores y técnicos de prevención adscritos al servicio de explotación. Pero, y como en parte advierten las recurridas en su impugnación, de la citada documental no puede desprenderse, de forma inequívoca y directa, que las personas que en ella se relacionan estuviesen realmente adscritas a la contrata en el momento en que efectivamente tuvo lugar la subrogación que aquí se cuestiona, en julio del 2015, cuando además se trata de extremos que también se han obtenido de la prueba de interrogatorio de partes, tal como así ya se refiere en la propia sentencia, que no es medio de prueba idóneo para sustentar una revisión de hechos en sede de recurso, ex arts. 193.b) y 196.3 LRJS. Por ello se desestima.

**TERCERO.-** Los motivos que siguen a continuación, el 3º y el 4º, son de infracción normativa.

En el 1º de ellos, el 3º, las recurrentes denuncian, con amparo procesal en el apartado c) del art. 193 LRJS, la infracción de los arts. 26.1 y 2 ET, en relación con el art. 56.1 ET y jurisprudencia que los interpreta, al discrepar con el salario regulador del despido que se ha fijado en la sentencia de instancia.

Aducen en esencia las recurrentes que ni el plus extra-salarial que figura en las nóminas de los actores, por ser un concepto extra-salarial, según así se prevé en el convenio colectivo que regía sus relaciones laborales, como las horas extras realizadas, al ser solo esporádicas o excepcionales, no deben computarse a efectos de fijar el salario regulador del despido, dado que, y en relación a estas últimas, los actores no han acreditado esa habitualidad, al haber aportado exclusivamente las nóminas de tres meses, respecto de una relación que ha durado seis años.

A ello no se oponen las empresas recurridas, quienes aceptan expresamente que tanto en lo que respecta al plus extra-salarial, como a las cantidades abonadas en concepto de horas extras, no formen parte del salario regulador del despido.

El motivo ha de ser estimado. En cuanto al plus extra-salarial recogido en nómina, en razón a no haberse desvirtuado por los trabajadores que, pese a haber sido abonado como tal plus, de naturaleza no salarial, en cumplimiento de lo previsto en el convenio colectivo entonces de aplicación, ex art. 26.2 ET, su naturaleza y



devengo no se corresponde en realidad a dicho concepto, sino a un salario, ex art. 26.1 ET . Y en cuanto a las horas extras, en razón a no haberse acreditado por los actores su carácter regular y periódico.

En efecto, y conforme ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta misma Sala y Sección, en sentencia de fecha 21-7-11, recurso nº 1402/11 , "La doctrina jurisprudencial sobre el salario computable para la indemnización de despido en la que se inspira la presente resolución es la contenida en la sentencia de 17 de julio de 1990 , reiterada en otras muchas anteriores o posteriores sobre la misma o parecidas cuestiones (entre ellas, STS 30-5-2003, rec. 2754/2002 , 27-9-2004, rec. 4911/2003 , STS 11-5-2005, rec. 5737/2003 y STS 26-1-2006 (citada). De acuerdo con la primera de las sentencias referidas, "el salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo circunstancias especiales", figurando entre tales circunstancias especiales la oscilación de los ingresos por pérdida anómala o injustificada de una percepción salarial no ocasional o de "carácter puntual" ( STS 27-9-2004 )", y que en el caso de autos, y por lo ya expuesto, no concurriría respecto de las horas extras en la cuantía fijada por los actores, al no haberse probado su carácter regular, lo que no significa ignorar su naturaleza salarial, por cuanto, y conforme entre otras se razona en la sentencia del TSJ de Galicia, de fecha 26-4-02, recurso nº 1444/02 , "las horas extraordinarias son conceptos salariales incluíbles en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores , de donde su exclusión, a los efectos del artículo 56 del referido Estatuto, obligaría a una declaración legal expresa, la cual no existe (...)", pero si obstaría a que se trasladase su importe exclusivamente por la cuantía abonada en el último mes trabajado, como es el caso. Por ello ambas partidas deben quedar excluidas del salario regulador del despido, en las cuantías pedidas, a efectos del cálculo de las correspondientes indemnizaciones por despido, supuesto de desestimarse el siguiente motivo, y se mantuviese la responsabilidad de quien recurre, según así se precisa en el suplico del recurso.

**CUARTO.-** En el siguiente motivo del recurso, el 4º, las recurrentes denuncian la infracción del art. 44 ET , así como de la jurisprudencia del TS y del TJUE, que consideran no ha sido correctamente aplicada. Aducen en esencia las recurrentes que no nos encontramos ante una actividad "des-materializada", ni tampoco, y en su caso, concurre el carácter cuantitativo en la sucesión de plantillas apreciado en la instancia. Según alegan las recurrentes, no es de aplicación a las empresas entrantes el criterio de la asunción de una parte esencial de la plantilla, al tratarse, por el contrario, de actividades "materializadas", habida cuenta - hecho probado 4º -, la inversión en gastos de estructura que ha efectuado UTE TUNELES AENA, por importe de 192.214,50 €, así como los distintos contratos, de arrendamiento, suministros, almacenes..., suscritos con AENA y otras empresas, por importes de 60.768,78 € y 93.621,05 €, lo que debería bastar, a su juicio, para estimar que no se trata de una actividad subsumible en el art. 44 ET , al no descansar básicamente en la mano de obra, dado el alto activo material que contiene, y que se trata de actividades, como el mantenimiento de los sistemas de seguridad y control de Gestión de Túneles, en el Aeropuerto de Madrid- Barajas, "de alto valor añadido". También aducen, con cita de las SSTS de fechas 20-10-04 y 12-7-10 , y de la STJUE de fecha 26-11-15, que no estamos en el presente caso ante una reversión de un servicio, sino ante un nuevo contrato de explotación de dicho servicio, para la gestión de los sistemas de seguridad y control de los túneles del aeropuerto, en el que la nueva empresa solo ha contratado a 17 de los 42 trabajadores que estaban adscritos a la contrata. Por todo ello, y a su juicio, ni ha existido una sucesión de más del 50% de la plantilla, ni tampoco ésta se ha producido en términos cualitativos, con lo cual la empresa saliente, UTE TUNELES BARAJAS, caso de no haber procedido a extinguir correctamente los contratos de los actores, sería la única responsable de su despido. En todo caso, y en su defecto, tanto la indemnización por despido como los salarios de tramitación han de adecuarse al nuevo salario regulador que se pide en el recurso.

**QUINTO.-** Las empresas recurridas, invocando el art. 197 LRJS , interesan en el escrito de impugnación la adición al hecho probado 5º, II, de los siguientes nuevos párrafos: "entre ellos al Encargado del servicio D. Eladio que fue dado de alta con efectos del 01/07/2015 por la codemandada ASENTIA INSTALACIONES Y SISTEMAS S.L., habiendo causado baja voluntaria en la UTE TUNELES BARAJAS con efectos del 30/06/2015".

Se basan para ello en el informe de vida laboral presentado por ASENTIA INSTALACIONES Y SISTEMAS, SL, así como en los documentos 18 y 29 de su ramo de prueba, y en el informe de vida laboral de UTE TUNELES AENA.

El hecho es cierto, al estar sustentado en documental suficiente, por lo que, y con independencia de cuál pueda ser su relevancia a efectos de alterar el signo del fallo que se recurre, se impone su estimación.

También aducen, con invocación de idéntico precepto procesal, y como motivo de oposición no acogido en la instancia, que al ser de aplicación, a su juicio, el convenio de la construcción de la CAM, procede en todo caso la subrogación convencional prevista en su art. 19, ya que, y a su entender, la actividad consistente en el mantenimiento de los túneles, que es el objeto de las dos contrata, se encuentra claramente comprendido dentro de lo que es la conservación y mantenimiento de infraestructuras a que alude, tanto el art. 3.b) del convenio colectivo estatal del sector de la construcción, como el apartado b) de su Anexo I del convenio colectivo de la construcción de la CAM.



Pero, y conforme así se desprende de lo afirmado y razonado en la sentencia de instancia, la actividad contratada no es, conforme sostienen las recurridas, el mantenimiento de las infraestructuras, los túneles del aeropuerto Madrid-Barajas, y que incluye tareas de mantenimiento del pavimento, drenaje, estructura, revestimiento, señalización, y otras, sino fundamentalmente la explotación de los sistemas de seguridad y control de esos túneles, que es lo esencial, y que según el hecho probado 2º, Anexo II, correspondiente al Presupuesto de la contrata, se desglosa en un 32,27%, que se destina a lo que es la explotación en sí de esos sistemas de control y vigilancia, y otro 67,73% que se dedica a lo que son tareas de mantenimiento, preventivo, correctivo y repuestos, pero referidos fundamentalmente a esos sistemas de vigilancia, y no a otras tareas distintas, relacionadas con la construcción y reparación de los túneles, por lo que en modo alguno cabe concluir que sea de aplicación, al menos a la empresa entrante, el convenio colectivo de la construcción. Por ello este motivo de oposición de las recurridas debe desestimarse.

**SEXTO.**- Tal como argumenta la STS de fecha 27-4-15, recurso nº 348/14, "La doctrina de esta Sala al respecto - se está refiriendo al supuesto de "sucesión de plantillas" -, a partir de las sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 ( R. 4424/03 y 899/02 ), reiteradas por las de 29 de mayo y 27 de junio 2008 ( 3617/06 y 4773/06 ), que rectificaron tesis anteriores para acomodarlas al criterio que, en aplicación de la Directiva 2001/23, venía manteniendo el TJCE (hoy TJUE) en numerosas sentencias (por ejemplo, las de 10-12-1998, casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal, 25-1-2001, caso Liikeene, 24-1-2002, caso Temco Service Industries, y 13-9-2007, caso Jouini), muy relacionada siempre con la actividad transmitida, y recogida con claridad, entre otras, en nuestras sentencias de 17 y 27 de junio de 2008 ( R. 4426/06 y 4773/06 ), 28 de abril de 2009 (R. 4614/07), 12 de julio de 2010 (R. 2300/09), 7 de diciembre de 2011 (R. 4665/10), 28 de febrero de 2013 (R. 542/12), 5 de marzo de 2013 (R. 3984/11), y, más recientemente aún, en las de 8, 9 y 10 de julio de 2014 ( R. 1741/13, 1201/13 y 1051/13 ) y 9 de diciembre de 2014 (R. 109/14), en lo que aquí interesa, puede resumirse así: a) Lo determinante, para saber si se produce o no una sucesión empresarial, no depende tanto de que el nuevo empresario, el que continúa la actividad, sea o no propietario de los elementos patrimoniales necesarios para su desarrollo, y al margen también de que existiera o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, lo decisivo, decíamos, es que se produzca realmente un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y que la transmisión afecte a una entidad económica que continúe manteniendo su propia identidad. b) En aquellos sectores (por ejemplo, limpieza, y vigilancia y seguridad) en los que la actividad suele descansar fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera esa actividad común, puede constituir una entidad económica que mantenga su identidad cuando se produce la transmisión y el nuevo empresario, quizá salvo que se trate del principal ( STS 27-6-2008, citada), no sólo continúa con la actividad de la que se trata sino que también se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla del anterior. c) Por contra, si la actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige de instalaciones o importantes elementos materiales, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número significativo de los empleados por el anterior, no se considera que haya sucesión de empresa si al tiempo no se transmiten aquellos elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad. d) Así pues, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese de la anterior contrata, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea".

Pues bien, y en el caso de autos, y conforme así resulta del relato de instancia, no cabe hablar de una actividad, la que constituye el objeto de las dos contrata, que descansa fundamentalmente en la mano de obra, pues se trata de la explotación de los sistemas de seguridad y control de los túneles del aeropuerto, que ha supuesto, conforme así se declara en el hecho 4º, una inversión en gastos de estructura de 192.214,50 €, conforme al desglose por partidas que en el mismo se detalla, y que por su propia naturaleza comporta, conforme así señalan las recurrentes, la realización de actividades "de un alto valor añadido", como son las propias del mantenimiento de los sistemas de seguridad y control de gestión de los túneles en el aeropuerto de Madrid-Barajas, que requieren, junto a una cierta cualificación para poder llevarlas a cabo, la puesta en juego y actualización de cuantos elementos materiales son necesarios, no desdeñables por su importancia y cuantía, por lo que se ha de concluir, con las recurrentes, que no se da en autos el supuesto de sucesión de plantillas en que la sentencia de instancia ha sustentado, fundamentalmente, la subrogación que aquí se cuestiona, ex art. 44 ET. Por todo ello el presente motivo del recurso se estima.

En definitiva, y en razón a todo lo expuesto, procede la estimación del recurso; y con revocación de la sentencia de instancia, absolver a la recurrente, UTE TUNELES AENA, de las pretensiones deducidas en su contra.

Pero sustentada la demanda de despido en una pretendida subrogación, que se ha desestimado en el recurso, a cargo de la nueva titular de la contrata a la que se encontraban adscritos los tres demandantes, contratados



precisamente en la modalidad de obra o servicio determinado, ex art. 15.1.a) ET , para trabajar en la contrata finalizada, según así se desprende de la documental aportada por la empresa saliente - documentos nº 1 al 3 de su ramo de prueba -, se ha de concluir, una vez descartada la subrogación, en la válida y eficaz extinción de los tres contratos de trabajo, por la conclusión de la obra contratada, ex art. 49.1.c) ET , dado que no se ha cuestionado su naturaleza temporal, y sí solo si la nueva titular de la explotación debía hacerse cargo o no, por subrogación, de sus respectivas relaciones de trabajo, lo que, y por lo ya razonado hasta ahora, se ha desestimado. Por ello, y una vez descartada la subrogación de los actores a cargo de la nueva titular de la contrata, se impone la desestimación de las demandas, y la absolución de todas las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra, con devolución a la recurrente del depósito y consignación efectuados para recurrir - art. 202 LRJS -, y sin expresa condena en costas - art. 235 LRJS -.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por **UTE TÚNELES AENA, ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS S.A. y ACENTIA INSTALACIONES Y SISTEMAS S.L.**, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de los de MADRID, de fecha **SIETE DE ABRIL DE DOS MIL DIECISÉIS**, en virtud de demanda formulada por DOÑA Belinda, D. Luis Enrique, D. Aquilino contra UTE TÚNELES BARAJAS (UTE FCC-CISER), FCC INDUSTRIAL E INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS SAU, UTE TÚNELES AENA (ACENTIA-ASSIGNIA), ACENTIA INSTALACIONES Y SISTEMAS S.L., ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS S.A., CISER OBRAS Y SERVICIOS S.L. Y AENA S.A, en reclamación de **DESPIDO**, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia; y con desestimación de la demanda formulada, absolvemos a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **81/17** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 81/17), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art. 230.1 L.R.J.S ).

Si el recurrente fuese Entidad Gestora hubiere sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al preparar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Si la condena consistiere en constituir el capital coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de ésta habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por esta su importe, lo que se comunicará por esta Sala.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.