



Roj: **STSJ AS 2338/2017 - ECLI: ES:TSJAS:2017:2338**

Id Cendoj: **33044340012017101726**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **29/06/2017**

Nº de Recurso: **1215/2017**

Nº de Resolución: **1722/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JORGE GONZALEZ RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 01722/2017

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33044 44 4 2016 0004916

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001215 /2017

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000837 /2016

Sobre: RESOLUCION CONTRATO

RECURRENTE/S D/ña ROTRATOUR S.L. **ABOGADO/A: PROCURADOR:**

GRADUADO/A SOCIAL: SIMON RODRIGUEZ LAFUENTE

RECURRIDO/S D/ña: ADAPTRANS S.L., Hipolito

ABOGADO/A: MARIA DEL CARMEN VELASCO CASTAÑON, SUSANA MANGAS URIA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

SENTENCIA Nº 1722/17

En OVIEDO, a veintinueve de junio de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos Sres. D. JORGE GONZALEZ RODRIGUEZ, Presidente, D^a. CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ y D. JOSE FELIX LAJO GONZALEZ, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL



ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0001215/2017, formalizado por el Graduado Social D. SIMON RODRIGUEZ LAFUENTE, en nombre y representación de la empresa ROTRATOUR SL, contra la sentencia número 138/2017 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 6 de OVIEDO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000837/2016, seguidos a instancia de Hipolito frente a las empresas ROTRATOUR SL y ADAPTRANS SL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo Sr **D. JORGE GONZALEZ RODRIGUEZ** .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Hipolito presentó demanda contra las empresas ROTRATOUR SL y ADAPTRANS SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 138/2017, de fecha quince de marzo de dos mil diecisiete .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º) D. Hipolito , con DNI nº NUM000 , ha prestado servicios para la demandada ROTRATOUR SL mediante contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, con una antigüedad referida al 5 de abril de 2006, en la categoría profesional de CONDUCTOR, y una retribución mensual incluyendo la parte proporcional de las pagas extras de 1.872,34 euros mensuales, estando el centro de trabajo sito en C/Villafría 11-1º de Oviedo -datos no controvertidos-.

2º) El Convenio Colectivo aplicable es el de Transportes por Carretera del Principado de Asturias -dato no controvertido-, convenio que no regula la sucesión de empresas/subrogación de personal.

3º) El trabajo de D. Hipolito consistía en el traslado de ida y vuelta de los funcionarios de correos desde Oviedo hasta el Parque Tecnológico de Llanera, en turnos de mañana y mediodía; a mayores, en el lapso de tiempo de la jornada laboral en el que no ejecutaba dicho transporte, realizaba tareas de mantenimiento (limpieza principalmente) de los autocares de la empresa -datos no controvertidos, que a su vez han sido admitidos por el actor en el acto del juicio, y que se reflejan en la transcripción de la conversación mantenida por el actor con D. Victorino , folio 238-.

4º) En la fecha de 21 de octubre de 2016 se notifica a D. Hipolito por ROTRATOUR SL que el 8 de noviembre de 2016 finaliza su contrato de trabajo por finalizar a su vez el contrato que ROTRATOUR SL mantenía con CORREOS -SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELEGRAFOS SA- para el transporte de sus funcionarios -folio 39 de las actuaciones-.

5º) Obra unida a las actuaciones Resolución de fecha 18 de octubre de 2016 -folio 37- por la que se adjudica a ADAPTRANS ASTURIAS SL el contrato del servicio de traslado de personal de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos SA (12 lotes).

6º) Obra unida a las actuaciones información de ROTRATOUR SL dirigida a ADAPTRANS ASTURIAS SL -folio 43 y siguientes- acerca del personal a subrogar en aplicación del artículo 44 del RDL 2/2015 de 23 de octubre -remitido por Burofax, folio 42-.

7º) Obra unida a las actuaciones comunicación de ADAPTRANS fechada en Meres-Siero el 11 de octubre de 2016, cuyo contenido se da aquí por reproducido -folio 235 de la causa-.

8º) Obra unida a las actuaciones transcripción de la conversación del actor y D. Victorino -folios 236 a 238-, cuyo contenido se da aquí por íntegramente reproducido.

9º) Obra unido a las actuaciones pliego de condiciones generales del contrato con CORREOS -folios 53 y siguientes-, en el que se especifica -folio 59- la obligación de la empresa adjudicataria de subrogarse en los contratos de trabajo del personal de la empresa saliente que hubiese venido prestando servicios, en todos los derechos y obligaciones de acuerdo con lo establecido en la legislación y en el Convenio Colectivo aplicables .

10º) El actor es afiliado a UGT-UNION REGIONAL DE ASTURIAS en la Federación FESMC-UGT.

11º) El actor no ostenta ni ha ostentado cargo de representación de los trabajadores -dato no controvertido-.

12º) Obra unida acta de la conciliación celebrada en la fecha de 30 de noviembre de 2016 -folio 6- habiendo sido presentada la papeleta de conciliación en la fecha de 17 de noviembre de 2016, con el resultado SIN AVENENCIA respecto de ROTRATOUR SL e INTENTADO SIN EFECTO respecto de ADAPTRANS SL.



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

"ESTIMO LA DEMANDA interpuesta por D. Hipolito frente a ROTRATOUR SL por los motivos expuestos en la fundamentación, y en consecuencia DECLARO DESPIDO IMPROCEDENTE el fin de la relación laboral sufrido por D. Hipolito el día 8 de noviembre de 2016, condenando a ROTRATOUR SL a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente sentencia opte entre readmitir al trabajador en su anterior puesto de trabajo abonando los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia computando un salario diario indemnizatorio de 62,42 euros o a abonar la indemnización por despido improcedente fijada en veintiséis mil cuatrocientos tres con sesenta y seis céntimos (26.403,66 euros). DESESTIMO LA DEMANDA interpuesta por D. Hipolito frente a ADAPTRANS SL por los motivos expuestos en la fundamentación".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la empresa ROTRATOUR SL, formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por las contrapartes.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 2 de mayo de 2017.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 1 de junio de 2017 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante prestaba servicios laborales como conductor de autobús de pasajeros en la empresa ROTRATOUR SL, que extinguió el contrato de trabajo con efectos de 8 de noviembre de 2016. La causa alegada fue la finalización del contrato que la empresa mantuvo con CORREOS, SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELEGRAFOS para el transporte de su personal, servicio adjudicado a partir de dicha fecha a la empresa ADAPTRANS ASTURIAS SL. La nueva adjudicataria de la actividad se negó a subrogarse en la relación laboral del trabajador y éste interpuso demanda por despido frente a ambas empresas. El Juzgado de lo Social núm. 6 de Oviedo declaró improcedente el despido e hizo responsable a ROTRATOUR, que recurre en suplicación la sentencia. Dos son los motivos de recurso planteados por esta empresa con el objeto de sustentar que la nueva adjudicataria del servicio estaba obligada a subrogarse en el contrato de trabajo del demandante.

El recurso es impugnado por el demandante y por ADAPTRANS, que defienden el acierto del pronunciamiento judicial.

En el primer motivo de recurso, bajo la cobertura formal del Art. 193 b) de la LJS, solicita la modificación del hecho probado segundo y la adición de un nuevo hecho.

El texto a añadir en el hecho segundo es el siguiente: "el Convenio de Transporte por Carretera del Principado de Asturias, no regula directamente la sucesión de empresa/subrogación de personal remitiendo en esta y otras materias, en su artículo 8.2 sobre legislación supletoria, a lo regulado en las demás disposiciones legales aplicables de carácter general, en tanto no se opongan a lo pactado en el Convenio".

Y para el nuevo hecho propone la redacción siguiente: "el Texto Articulado del Acuerdo Marco Estatal sobre Materias del Transporte de Viajeros por Carretera, Mediante Vehículos de Tracción Mecánica de Más de Nueve Plazas, regula la sucesión de empresas/subrogación de personal".

El doble intento revisor debe desestimarse por la misma razón. Tanto el Convenio Colectivo, como el Acuerdo Marco están publicados oficialmente, en el BOPA de 11 de febrero de 2016 y en el BOE de 26 de marzo de 2015, respectivamente y tienen eficacia normativa, por lo que no han de acreditarse, ni figurar en el relato de hechos probados para tener en cuenta su regulación.

SEGUNDO.- En el segundo motivo de recurso, por el cauce procesal habilitado en el Art. 193 c) de la LJS, denuncia la infracción de lo dispuesto en los Arts. 83.2 y 3 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Cita asimismo el Art. 8.2 del Convenio colectivo del transporte de viajeros por carretera del Principado de Asturias y los Arts. 1, 3 y 20 del Acuerdo marco estatal sobre materias del transporte de viajeros por carretera, mediante vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluido el conductor. Alude finalmente a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2002 .

Alega que el Convenio Colectivo no regula la subrogación de los trabajadores por cambio en la adjudicación de un servicio de transporte de viajeros, pero si lo hace el Acuerdo Marco que impone a la empresa entrante



el deber de subrogarse; añade que en este sector empresarial, la subrogación por cambio de empresa en la adjudicación de contratos es una práctica habitual.

La decisión del recurso debe comenzar con el examen del Convenio colectivo y el Acuerdo marco referidos. Son los instrumentos decisivos para determinar la existencia o no del deber de subrogación, dado que la estipulación fijada en el pliego de condiciones generales del contrato de servicios, suscrito por la SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELEGRAFOS para el traslado de su personal, remite en esta materia a lo establecido en la legislación y en el convenio colectivo aplicables y la sentencia de instancia ha descartado de modo fundado que el cambio en la adjudicación del servicio haya supuesto una sucesión empresarial regulada en el Art. 44 del Estatuto de los Trabajadores .

El Convenio colectivo del transporte de viajeros por carretera del Principado de Asturias no establece la subrogación, a diferencia del Acuerdo marco estatal sobre materias del transporte de viajeros por carretera que dedica el Título IV a la "sucesión convencional y subrogación". Este régimen tiene eficacia de convenio colectivo (Art. 82.2 y 3 del ET), está vigente desde el 22 de diciembre de 2014 (Art. 4), antes de la entrada en vigor el 11 de diciembre de 2015 del actual Convenio colectivo (Art. 4) y es aplicable en Asturias. Al respecto su Art. 3 dispone:

Artículo 3. Ambito funcional.

El presente Acuerdo marco será de aplicación a todas las empresas de transporte de viajeros por carretera que presten servicios de transporte regular permanente de uso general, ya sea urbano o interurbano, regulares temporales, regulares de uso especial, discrecionales y turísticos. Será de aplicación directa e inmediata, sin necesidad de otro trámite o negociación. Quedan excluidas del ámbito funcional del Acuerdo, las empresas de carácter público del Sector cualquiera que sea la Administración pública de la que dependan y las empresas municipales de transportes urbanos. Lo dispuesto en el presente Acuerdo marco no prejuzga la aplicación, cuando proceda del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores relativo a la sucesión de empresas.

En el supuesto de que los Convenios Provinciales o de Empresa mantengan remisiones genéricas a la Ordenanza Laboral o al Laudo Arbitral sustitutorio de esta última, se entenderán referidas al presente Acuerdo marco por lo que se refiere a las materias en el contempladas.

A esta eficacia en el ámbito territorial del Convenio Colectivo no se opone el Art. 8 de éste último. Por el contrario su tenor refuerza esa aplicación:

Artículo 8.- Legislación Supletoria.

1.- Las partes firmantes del Convenio Colectivo, acuerdan que el texto de la derogada Ordenanza Laboral para las empresas del transporte por carretera de 20-03-71, seguirá siendo de aplicación a los trabajadores y empresarios afectados por el presente Convenio, con carácter subsidiario y supletorio, en lo no regulado por el Convenio, y aunque tal Ordenanza haya sido derogada o suprimida por los poderes del Estado, y en tanto su contenido no sea negociado o modificado en su totalidad por las partes firmantes de este Convenio, o se llegue a acuerdos de sustitución a nivel estatal entre los sindicatos mayoritarios y la representación empresarial.

2.- Asimismo, en todo lo no previsto en el presente Convenio se estará a lo regulado en las demás disposiciones legales aplicables de carácter general, en tanto no se opongan a lo pactado en el Convenio.

El recurso pone el acento en que el Art. 3 del Acuerdo marco comprende el transporte de viajeros que primero ROTRATOUR y a continuación ADAPTRANS efectúan para CORREOS. Pero desatiende que en el Acuerdo marco la sucesión convencional y subrogación de trabajadores tiene un ámbito funcional más limitado. Lo señala claramente su Art. 19 que dedica a esa delimitación los apartados 1, 2 y 3:

1.º Lo previsto en el presente título será de exclusiva aplicación a los servicios de transporte regular permanente de uso general, urbanos o interurbanos, de viajeros por carretera con vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas incluida la del Conductor, prestados en régimen de concesión administrativa o por cualquiera de las formulas de gestión indirecta de servicios públicos contempladas en la Ley de Contratos del Sector Público. Y todo ello con independencia de que la Empresa que preste o vaya a prestar este tipo de servicios se dedique a otra actividad de transporte o de la industria o los servicios.

Lo dispuesto en el presente Acuerdo marco no prejuzga la aplicación, cuando proceda, de lo regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en orden a la sucesión de empresas.

2.º Lo dispuesto en este título en orden a la sucesión y subrogación empresarial no será de aplicación en los supuestos en los que la empresa saliente tenga el carácter de Administración pública, estatal, autonómica, local o institucional, ni cuando se trate de empresas, entes u organismos públicos dependientes de cualquiera de las



Administraciones anteriormente citadas, salvo que sus relaciones laborales sean reguladas por los convenios colectivos territoriales y/o autonómicos del ámbito funcional del artículo 3 del presente Acuerdo.

3.º El presente título tiene como finalidad regular la situación de los contratos de trabajo de los empleados de empresas concesionarias/prestatarias salientes adscritos a este tipo de transporte de viajeros que finalicen por transcurso de su plazo de otorgamiento, o por cualquier otra causa, y sean objeto de un nuevo procedimiento de selección de un nuevo prestatario del servicio (empresa entrante). Lo regulado en el presente título será de aplicación igualmente en los supuestos en los que el servicio de transporte objeto de licitación fuera reordenado, unificado, modificado o se le diera otra denominación por la Administración titular.

El servicio de transporte contratado por CORREOS con las demandadas es regular permanente pero no de uso general, sino de uso especial, denominación que corresponde al transporte dedicado a servir a un grupo específico de usuarios, en el caso presente el personal de CORREOS [Art. 67 b) Ley 16/1987, de 30 de julio , de ordenación de los transportes terrestres].

Así pues, no se da una condición esencial establecida en el Acuerdo marco para aplicar la sucesión convencional y subrogación de los trabajadores, ni cabe suplir esa falta de concurrencia con apelaciones genéricas a una práctica habitual, no acreditada, por lo que el cese del demandante decidido por la empresa ROTRATOUR fue injustificado y constituyó un despido improcedente. Refuerzan esta conclusión tanto que la relación laboral entre ambas partes fuera indefinida (hecho probado primero) como la circunstancia de no estar dedicado el trabajador únicamente al servicio encomendado por CORREOS, pues en el hecho probado tercero la sentencia de instancia consigna que además del transporte del personal de personal, en turnos de mañana y mediodía, "en el lapso de tiempo de la jornada laboral en el que no ejecutaba dicho transporte, realizaba tareas de mantenimiento (limpieza principalmente) de los autocares de la empresa".

Por el contrario, la improcedencia del despido no puede sustentarse en la afirmación efectuada por ADAPTRANS de no serle aplicable el Convenio colectivo del transporte de viajeros por carretera del Principado de Asturias, sino el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. Ningún dato fáctico de la sentencia de instancia sirve de apoyo a este aserto y en cualquier caso una reiterada jurisprudencia [STS, 4ª, de 2 de febrero de 2017 (Rec. 2.012/2015), entre otras] formada en el análisis de la actividad de limpieza, pero trasladable a otras actividades, sienta que si una empresa reconocida como Centro Especial de Empleo concurre a una contrata de limpieza, actividad diferente a la que figura en el ámbito funcional de su propio convenio, debe someterse a las normas convencionales aplicables en el sector, siéndole de aplicación la cláusula de subrogación de contrata prevista en el convenio de limpieza, aunque ello implique la adscripción de trabajadores no discapacitados de la empresa saliente que no tenía la condición de centro especial de empleo.

Por lo expuesto.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa ROTRATOUR SL contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Oviedo, dictada en los autos seguidos a instancia de Hipolito contra la empresa recurrente y la empresa ADAPTRANS SL, sobre Resolución de Contrato, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

Dese a los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir el destino legal, y con imposición a la recurrente de las costas del presente recurso, entre las que se incluyen los honorarios de los letrados de las partes recurridas e impugnantes en la cuantía de 500 euros a cada uno de ellos.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercibimientos en él contenidos.

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que**: fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las



entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Consignación o aseguramiento del importe de la condena

Asimismo, por aplicación del Art. 230 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la parte condenada que no goce del derecho de justicia gratuita deberá acreditar, al preparar el recurso, haber **consignado** en la citada cuenta, (y por separado del depósito citado), la cantidad objeto de condena, -o el incremento de cuantía respecto de la fijada por el Juzgado de lo Social, o bien el importe de la mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad social o su incremento-; puede sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito.

Caso de ingresar el depósito para recurrir o las consignaciones a través de **transferencia**, el código IBAN es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, identificando la cuenta del recurso como quedó dicho para el ingreso del depósito.

Exenciones de los depósitos y consignaciones

El Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, estarán **exentos** de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

Pásense las actuaciones al Sr./Sra. Letrado/a de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.