



Roj: **STSJ M 8555/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:8555**

Id Cendoj: **28079340022017100762**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **19/07/2017**

Nº de Recurso: **623/2017**

Nº de Resolución: **777/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **SANTIAGO EZEQUIEL MARQUES FERRERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34001360

NIG : 28.079.00.4-2015/0038850

Procedimiento Recurso de Suplicación 623/2017-FS

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 28 de Madrid Despidos / Ceses en general 893/2015

Materia : Despido

Sentencia número: 777/17

Ilmos. Sres

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO

En Madrid a diecinueve de julio de dos mil diecisiete habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 623/2017, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. GABRIEL VAZQUEZ DURAN en nombre y representación de ACENTIA INSTALACIONES Y SISTEMAS SL Y ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS SA -UTE TUNELES AENA-, contra la sentencia de fecha 16 DE NOVIEMBRE DE 2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 28 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 893/2015, seguidos a instancia de D./Dña. Artemio frente a UTE TUNELES BARAJAS, UTE TUNELES AENA y MINISTERIO FISCAL, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

PRIMERO (condiciones laborales).- D. Artemio , parte actora en este procedimiento, ha venido prestando sus servicios ininterrumpidamente para la empresa codemandada UTE Túneles Barajas desde el 1 de octubre de 2009, con la categoría de ayudante y un salario de 62'21 euros al día incluyendo la prorrata de las remuneraciones de vencimiento superior al mes. A estos efectos se había realizado contrato temporal por obra o servicio cuyo objeto era la contrata en el ámbito de la cual prestaba servicios el actor.

El tiempo y forma del pago del salario, el lugar de trabajo, la modalidad y duración del contrato el trabajo, la jornada y las características particulares antes de producirse el despido, son los consignados en la demanda y se tienen por reproducidos por no haber sido objeto de oposición.

La parte actora no ostenta, ni ha ostentado en el último año, la condición de aforado como representante legal o delegado sindical. Tampoco consta afiliación sindical a la empresa.

SEGUNDO (sucesión de contrata).- La empresa UTE Túneles Barajas, (empresa saliente) mantenía contrata de servicios con AENA SA, gestora de aeropuerto Adolfo Suarez Madrid Barajas, en el ámbito de la cual prestaba sus servicios el actor y con vigencia hasta el 30 de junio de 2015. El objeto de la contrata era "El servicio de explotación y mantenimiento de los sistemas de seguridad y control de gestión de túneles del aeropuerto Adolfo Suarez Madrid Barajas." En el pliego de prescripciones técnicas, que es conocido por ambas partes y se tiene por reproducido, constan: las instalaciones, túneles que deben mantenerse; el ámbito y alcance de las actuaciones a realizar por la empresa adjudicataria que en esencia son la gestión de los centros de control y el mantenimiento preventivo y correctivo; las herramientas y medios materiales que debe aportar, herramientas, repuestos y los vehículos necesarios, así como un vehículo grúa elevador y una plataforma elevadora, contando además con un local alquilado por AENA y los medios informáticos igualmente alquilados; por último se prevé la posibilidad de subcontratar parte del servicio. Se tiene igualmente por reproducido el manual de instrucciones y el plan de prevención de riesgos a efectos de determinar el objeto de la contrata. Para la ejecución de la contrata tenía asignados 26 trabajadores.

Finalizada dicha contrata accede a la siguiente a partir del 1 de julio de 2015 la empresa UTE Túneles Aena, (empresa entrante), con pliego de prescripciones técnicas equivalente, que igualmente se tiene por reproducido. Para ejecutar la contrata la empresa entrante contrató a 17 de los trabajadores que prestaban servicios en la saliente y subcontrató una parte del objeto de la contrata.

TERCERO (extinción del contrato).- Con fecha de efectos 16 de junio de 2015 se comunica a la parte actora, mediante carta que se tiene por reproducida, que pasa a prestar servicios con la nueva contratista, produciéndose la subrogación de su contrato. A su vez adjunta la documentación prevista en el art. 19 del convenio de la construcción de la CAM. La empresa entrante negó la subrogación tanto a la empresa saliente como al actor que cesó en su contrato con la contrata el 30 de junio de 2015.

CUARTO (requisito previo).- Consta intento de conciliación administrativa previa.

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

"Que estimo la pretensión de despido de D. Artemio contra UTE Túneles Aena, (compuesta por Assignia Infraestructuras SA y Acentia Instalaciones y Sistemas SL) y UTE Túneles Barajas, (compuesta por FCC Industrial e Infraestructuras Energética SAU y Ciser Obras y Servicios SL) lo declaro improcedente y condeno a UTE Túneles Aena, a su opción, a readmitir a la parte actora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia o a abonarle la indemnización de 13.779'50 euros. Absuelvo a la empresa codemandada UTE Túneles Barajas."

En su día dicha sentencia se aclaró de la siguiente forma:

"PARTE DISPOSITIVA

SE ACUERDA SUBSANAR el defecto advertido en Sentencia de fecha 16/11/2016 , consistente en concretar la asistencia o inasistencia de varias de las codemandadas en el presente procedimiento, a la sazón,



las empresas integrantes de cada una de las UTE, por cuanto las sociedades fueron codemandadas individualmente, en los siguientes términos:

"D. Luis Martín de Nicolás Muñoz, titular del Juzgado, vistas las actuaciones y el juicio del procedimiento indicado, en el que son partes, **comodemandante** D. Hilario, que comparece asistido por el letrado D. Jesús Angel Jiménez García, y **comodemandadas** UTE TUNELES BARAJAS (compuesta por FCC INDUSTRIAL E INFRAESTRUCTURAS ENERGETICAS SAU y CISER OBRAS Y SERVICIOS, SL) que comparece representada y asistida por la letrada D^a Isabel Muñoz Vega, FCC INDUSTRIAL E INFRAESTRUCTURAS ENERGETICAS SAU que comparece representada y asistida por la letrada D^a Isabel Muñoz Vega, CISER OBRAS Y SERVICIOS, SL, que no comparece y UTE TUNELES AENA (compuesta por ACENTIA INSTALACIONES Y SISTEMAS SL y ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS SA), ACENTIA INSTALACIONES Y SISTEMAS SL y ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS SA que comparecen representadas y asistidas por el letrado D. Angel Torrijos Fuensalida, . En nombre del Rey y en ejercicio de la potestad jurisdiccional regulada en la Constitución, ha dictado la siguiente " **quedando el resto de su contenido en los mismos términos.**"

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte ACENTIA INSTALACIONES Y SISTEMAS SL Y ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS SA UTE TUNELES AENA, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por D. Artemio y UTE TÚNELES BARAJAS.

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

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 19/7/17 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 .- Por el Juzgado de lo Social nº 28 de Madrid se dictó sentencia con fecha 16 de noviembre de 2016, Autos nº 893/2015, aclarada por Auto de fecha 28-11-2016, que ha estimado la demanda formulada por D. Hilario, declarando la improcedencia del despido, condenando a las codemandadas UTE Túneles Aena (compuesta por Assignia Infraestructuras SA y Acentia Instalaciones y Sistemas SL), absolviendo al resto de las partes codemandadas.

Frente a la sentencia de instancia, estimatoria en parte de la demanda de despido, recurren en suplicación las entidades condenadas, UTE TUNELES AENA, ASIGNIA INFRAESTRUCTURAS, SA, y ACENTIA INSTALACIONES Y SISTEMAS, SL, alegando la justificación del cese del actor por la extinción de la contrata de servicios a la que estaba adscrito el actor, y ello con amparo procesal en los apartados a) b) y c) del art 193 de la LRJS, recurso que ha sido impugnado.

SEGUNDO Con amparo procesal en el apartado a) del art. 193 de la LRJS, se formula recurso de Suplicación por la representación letrada de UTE TUNELES AENA solicitando, la nulidad de la sentencia por infracción del art. 97.2 Ley 36/ 2011 de 10 de octubre LRJS y art. 120 CE.

El motivo del recurso debe de ser desestimado pues es doctrina que viene siendo mantenida por el Tribunal Supremo de forma reiterada, así en sentencias de 20-4 y 16-5-1988, 30 de octubre de 1991, 13 marzo 1990, 30 mayo 1991 y 22 junio 1992, entre otras. En este sentido, se recuerda en la STS 11-12-2003 (recurso 63/2003) que "la nulidad es un remedio último y de carácter excepcional que opera, únicamente, cuando el Tribunal que conoce el recurso no puede decidir correctamente la controversia planteada"; b) ha de constar previa protesta en el juicio oral; c) ha de invocarse de modo concreto la norma procesal que se estime violada, sin que sean posibles las simples alusiones; d) ha de justificarse la infracción denunciada; e) debe tratarse de una norma adjetiva que sea relevante, f) la infracción ha de causar a la parte verdadera indefensión, o sea, merma efectiva de sus derechos de asistencia, audiencia o defensa, sin que la integridad de las mismas sea posible a través de otros remedios procesales que no impliquen la retracción de actuaciones, g) no debe tener parte en la alegada indefensión quien solicita la nulidad.

Entendemos que se cumple el artículo 97.2 de la LRJS, puesto que la sentencia de instancia expresa un resumen suficiente de los hechos que han sido objeto de debate en el proceso. Asimismo, aprecia los elementos de convicción, declarando expresamente los hechos que estima probados y hace referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión, fundamentando suficientemente los pronunciamientos del fallo. Y en todo caso si la parte recurrente entendiera, que los hechos declarados probados lo han sido valorando erróneamente la prueba, puede instar la revisión de los mismos.



Y de igual manera que si considera que se ha aplicado indebidamente las normas jurídicas y la jurisprudencia podrá en este caso interponer el correspondiente motivo del recurso al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS, pero ello no es causa de nulidad de la sentencia. Consideramos también que la sentencia está suficientemente motivada, dando respuesta a cada una de las cuestiones planteadas, distinto ya es que se pueda o no compartir el criterio.

Por todo lo cual el motivo del recurso debe de ser desestimado.

TERCERO Con amparo procesal en el apartado b) del art 193 de la LRJS se solicita por la parte recurrente la revisión del hecho probado primero para que se modifique el salario que corresponde a la demandante, con base en los documentos 4 a 5.

Tal y como se plantea el motivo debemos rechazarlo porque, aunque la sentencia de instancia recoge el salario del que discrepa la parte recurrente, realmente el planteamiento que realiza es más propio de un motivo de infracción de norma sustantiva que de revisión fáctica en tanto que lo procedente sería describir los conceptos retributivos sobre los que se ha determinado ese importe para con ello valorar jurídicamente si todos lo que dan lugar al salario mensual fijado en la instancia se deben integrar para el cálculo de la indemnización de despido. Por tanto, ahora no sería posible fijar otro importe ya que para ello sería necesario analizar en derecho los conceptos retributivos.

CUARTO Con igual amparo procesal se solicita por la parte recurrente que en el Hecho Probado Segundo se haga constar lo siguiente :"

"La UTE TUNELES BARAJAS había resultado adjudicataria de la contrata de AENA tramitada en el Expediente MAD 1076/2008, que tenía por objeto la prestación del "Servicio de Explotación y Mantenimiento de los Sistemas de Seguridad y Control de Gestión de Túneles en el Aeropuerto de Madrid-Barajas (documento número 4 del ramo de prueba codemandada Ute Tuneles Barajas, folio 1 del pdf) El ámbito y alcance de la contrata comprendía la realización de las actividades siguientes: (documento número 4 de la codemandada Ute Tuneles Barajas, folios 12 y 13 del pdf)

Explotación del sistema de control situado dentro del Centro de Gestión Aeroportuaria (CGA).

Actuaciones en caso de operaciones normales y de mantenimiento así como de contingencias o incidencias, debiendo contar con los medios humanos y materiales, según se señala en los manuales de explotación y en la normativa de túneles en vigor.

Vigilancia de los diferentes túneles, ya sean públicos o aeroportuarios, realizándose para ello las rondas y rutas periódicas necesarias para garantizar una vigilancia óptima. Mantenimiento de las instalaciones, incluyendo las actividades de mantenimiento preventivo (revisión periódica de las mismas), y de mantenimiento correctivo (resolución de averías).

Las actividades descritas tenían que realizarse sobre los elementos siguientes:

Los propios túneles y sus instalaciones.

El centro de control de túneles situado dentro del centro de gestión aeroportuaria (CGA).

El centro de control de túneles (CCT).

El centro de Agentes de Campo y de Mantenimiento

La red de comunicaciones entre estos elementos.

El 30 de junio de 2015 finalizó la contrata adjudicada en su día a la UTE TUNELES BARAJAS, resultando nueva adjudicataria del servicio objeto de la misma la empresa UTE TUNELES AENA, que inició el servicio el día 1 de julio de 2015.

Esta nueva contrata de AENA se tramitó en el expediente MAD 240/2014, y tenía por objeto "la prestación del servicio de explotación y mantenimiento de los sistemas de seguridad y control de los túneles incluidos dentro del recinto aeroportuario de Madrid-Barajas, así como los centros e instalaciones relacionados con los mismos." (documento número 1 del ramo de prueba codemandada Ute Tuneles Aena, folio 1 del pdf)

El ámbito y alcance de la contrata comprendía la realización de las actividades siguientes: (documento número 1 de la codemandada Ute Tuneles Aena, folios 12 y 13 del pdf)

Mantenimiento preventivo de las instalaciones.

Mantenimiento obligatorio determinado como tal por las diferentes normativas en vigor aplicables a las mismas instalaciones.



Explotación y mantenimiento del sistema de control situado dentro del Centro de Gestión Aeroportuaria (CGA)

Explotación y mantenimiento del sistema de control situado dentro del Centro de Control de Túneles (CCT)

Actuaciones en caso de operaciones normales y de mantenimiento así como de contingencias o incidencias, debiendo contar con los medios humanos y materiales, según se señala en los manuales de explotación y en la normativa de túneles en vigor. Vigilancia de los diferentes túneles, ya sean públicos o aeroportuarios. Para ello se realizarán las rondas y rutas periódicas necesarias para garantizar una vigilancia óptima.

Actualización de los manuales de Explotación de los túneles con carácter anual.

Las actividades descritas habían de realizarse sobre los elementos siguientes:

Los propios túneles y sus instalaciones.

Las instalaciones de los túneles situadas en el exterior de los mismos, dentro de las que se encuentran: paneles de mensaje variable, cámaras exteriores, grupos de presión PCI, paneles aspaflechas, postes SOS exteriores, ERUs exteriores, control túneles, barreras de acceso a túneles situadas en el exterior, Cts de alimentación y control de los túneles situados en el exterior de los mismos, pozos de drenaje asociados a los túneles, así como cualquier otra instalación exterior a los túneles asociada a los mismos.

Panel de mensaje variable situado en la M-14 a la llegada al aeropuerto y Panel de Mensajes Variable situado en vial de acceso al P2.

Control de ventilación de los sótanos de T4 y T4S.

Detectores de CO y Opacímetros en los sótanos de la T4 y T4S.

El centro del control de túneles situado dentro del centro de gestión aeroportuaria (CGA)

El centro de control de Túneles (CCT).

El centro de agentes de campo y de mantenimiento.

La red de comunicaciones entre estos elementos."

La demandada UTE TUNELES AENA ha efectuado una inversión para el desarrollo de la actividad de la UTE que ascienden a un total de 192.214,50 euros, correspondiente a herramientas, medios materiales, vehículos, medios informáticos, entre otros."COPIAR

Fundamenta la revisión en el documento nº 4. El motivo del recurso debe de ser desestimado pues ya en el hecho probado segundo de la sentencia remite a los documentos cuya transcripción en parte solicita la recurrente, todo ello sin perjuicio de la valoración que de los mismos se pueda realizar.

QUINTO Se solicita también la adición de un nuevo Hecho Probado Segundo Bis, proponiendo la siguiente redacción:

"Se encontraban adscritos a la actividad realizada en la contrata (entre personal contratada por UTE TUNELES BARAJAS y sus integrantes, según el siguiente desglose:

El personal que se encontraba directamente contratado por UTE TUNELES BARAJAS para el servicio de explotación y Mantenimiento de los sistemas de seguridad y control de gestión de túneles en el aeropuerto de Madrid-Barajas era de 26 personas cuyo detalle obra en el documento número 9, folio 2 del ramo de prueba de la codemandada Ute Tuneles Barajas.

La empresa Ciser Obras y Servios, S.L., integrante de UTE TUNELES BARAJAS, tenía adscritos al servicio de explotación y Mantenimiento de los sistemas de seguridad y control de gestión de túneles en el aeropuerto de Madrid- Barajas a 13 personas. En concreto, los siguientes trabajadores:

Carlos Alberto (documento número 22 del ramo de prueba de Ute tuneles Aena y folio 45 de las actuaciones)

Adrian (documento número 22 del ramo de prueba de Ute Tuneles Aena y folio 45 de las actuaciones)

Ceferino (documento número 22 del ramo de prueba de Ute Tuneles Aena y folio 46 de las actuaciones)

Gaspar (documento número 22 del ramo de prueba de Ute Tuneles Aena y folio 47 de las actuaciones)

Leopoldo (documento número 22 del ramo de prueba de Ute Tuneles Aena y folio 48 de las actuaciones)

Visitacion (documento número 22 del ramo de prueba de Ute Tuneles Aena y folio 47 de las actuaciones)

Casilda (documento número 22 del ramo de prueba de Ute Tuneles Aena y folio 47 de las actuaciones)

Teodoro (documento número 22 del ramo de prueba de Ute Tuneles Aena y folio 48 de las actuaciones)



Jesus Miguel (documento número 22 del ramo de prueba de Ute Tuneles Aena y folio 47 de las actuaciones)

Argimiro (documento número 22 del ramo de prueba de Ute Tuneles Aena y folio 48 de las actuaciones)

Domingo (documento número 22 del ramo de prueba de Ute Tuneles Aena y folio 48 de las actuaciones)

Guillermo (documento número 22 del ramo de prueba de Ute Tuneles Aena y folio 47 de las actuaciones)

Mariano (documento número 22 del ramo de prueba de Ute Tuneles Aena, documento número 24 del ramo de esta parte, que corresponden a los folios 48 al 68 del ramo de prueba de esta parte)

La empresa FCC INDUSTRIAL E INFRAESTRUCTURAS, S.A., integrante de UTE TUNELES BARAJAS tenía adscritos al servicio de explotación y Mantenimiento de los sistemas de seguridad y control de gestión de túneles en el aeropuerto de Madrid-Barajas a 5 trabajadores. En concreto, los siguientes trabajadores:

Matilde (folio 46).

Sixto (folio 48 y documento numero 36 documental Ute Tuneles Barajas, folio 3)

Juan Carlos (documento numero 36 documental Ute Tuneles Barajas, folio 3)

Zaida (documento numero 36 documental Ute Tuneles Barajas, folio 3)

Bartolomé (documento numero 36 documental Ute Tuneles Barajas, folio 3)

De igual forma, Don Federico y Don Leandro tienen amplias facultades en UTE TUNELES BARAJAS y CISER OBRAS Y SERVICIOS, SL., entre ellas las de contratar, rescindir contratos laborales, fijar las condiciones laborales o adoptar medidas disciplinarias. (documento número 24 del ramo de prueba de esta parte folios 48 al 68 del ramo de prueba de esta parte) El gerente era Don Severiano , contratado directamente por UTE TUNELES BARAJAS; los jefes de obra eran Don Sixto y Don Juan Carlos ; la coordinadora de prevención de riesgos laborales era Doña Zaida , y el técnico de prevención de riesgos labores Don Bartolomé , todos ellos trabajadores de FCC Industrial.

Además, de los anteriores puestos de trabajo, debe existir la figura del Jefe de Explotación, responsable de operaciones, coordinador y Jefe de Mantenimiento."

Fundamenta la revisión en el doc 9 además. El motivo del recurso debe ser desestimado pues los documentos en base a los cuales se solicita la revisión, ya han sido valorados por el Magistrado de instancia .No siendo aceptable destruir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio subjetivo y personal de parte interesada (STS 5 de junio de 1995). Pero es que además el soporte documental que sirve de base al motivo de revisión pretendido, debe de contener, inexcusablemente ,una literosuficiencia probatoria , de tal modo que se desprenda ineludiblemente la modificación pretendida del mismo , lo que no ocurre en el presente supuesto, (SSTS de 19-7-85 o de 14-7-95). Lo que en resumen pretende la parte recurrente es que por la Sala se efectúe una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, que no es posible dada la naturaleza jurídica extraordinaria del recurso de Suplicación .En definitiva de los documento antes referidos y en base a los cuales la recurrente fundamenta la revisión solicitada no evidencian el error del juzgador siendo insuficientes para justificar la revisión cuando han sido contradichos por otras pruebas obrantes en autos y es que en el HP 2º el Magistrado de instancia ya declara el número de trabajadores que la empresa que contrato la hoy recurrente y que prestaban sus servicios en la anterior empresa que tenía adjudicada la contrata . Sin que de la prueba citada por la recurrente se desprenda un error en lo declarado probado pro el Magistrado de instancia.

SEXTO Al amparo del art.193 apartado c) LRJS se denuncia la infracción de los arts. 26.1 y 2 ET en relación con el art. 56.1 del citado texto legal y jurisprudencia dictada al efecto, así como la vulneración del art. 29 del convenio colectivo de la construcción.

Alega la recurrente que, con carácter previo, debe señalar que no todas las retribuciones que percibe un trabajador son salario a efectos del cálculo de la indemnización por despido, sino que solo deben computarse aquellas retribuciones que tienen naturaleza de salario, no los conceptos extrasalariales y además en cuanto a la forma de cálculo para determinar el salario día sería la retribución anual dividido entre 365 días y no entre 360 por todas, sentencia de la Sala de lo Social de TS de fecha 30-6-2008 , siendo doctrina jurisprudencial consolidada, que el salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, salvo circunstancias excepcionales, por todas STS 11 de mayo de 2005, Rec 5737/2003 .

El Juzgador de instancia afirma en el Fundamento Jurídico Tercero que la cuantía del salario consignado en el Hecho Probado Primero de la sentencia ha sido calculada conforme a los recibos de salario y en el que no se encuentra que haya incluido ninguna percepción extrasalarial. Y es que no se advierte ninguna infracción en lo resuelto por el órgano judicial de instancia en orden al salario que ha fijado.



En efecto y partiendo del planteamiento que se realiza en el recurso, es evidente que no se ha introducido por el órgano judicial de instancia ningún concepto referido al plus de transporte por cuanto que dicho concepto no figuraba en los recibidos de salario.

Por tanto, ante la falta de evidencia alguna de que el importe que ha fijado la sentencia de instancia sea en la forma que se imputa por la parte recurrente, debe desestimarse este motivo del recurso.

SÉPTIMO . - Con igual amparo procesal se alega por la parte recurrente que la sentencia de instancia habría infringido el art. 56.1 del Estatuto los Trabajadores , y la Jurisprudencia que los interpreta, así como la doctrina sobre la inclusión de las horas extras en la base del cálculo de la indemnización por despido.

Se argumenta que el actor únicamente ha aportado tres nóminas durante el año anterior a la extinción de la relación laboral, por lo que se debe estar a lo percibido en la mensualidad anterior al despido (mayo 2015), y que no se habría probado que las horas extraordinarias fueran habituales y que en consecuencia, las horas extraordinarias deben quedar excluidas de la base de cálculo de la indemnización que para el despido se dispone por el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , siendo, por tanto, la base del cálculo la propuesta por la recurrente en la revisión del hecho probado primero. El motivo del recurso tal y como se plantea debe de ser desestimado, pues para el cálculo del salario regulador se ha tenido en cuenta la retribuciones salariales que el actor venía percibido, al no ser todos los meses iguales (STS 6-10-2009, Rec 2832/08) sin que la parte recurrente hubiera desvirtuado los parámetros de los cuales partió el Magistrado de instancia para su cálculo.

OCTAVO Con igual amparo procesal se denuncia se denuncia la infracción del art. 82.3 ET , en relación con el artículo 5 del convenio colectivo de la construcción de la Comunidad de Madrid y la jurisprudencia que lo interpreta, en relación con la obligación subrogatoria establecida por el artículo 19 del convenio colectivo de la construcción de la Comunidad de Madrid.

Se alega por la parte recurrente que no concurre el supuesto de subrogación convencional que se deriva del convenio colectivo de la construcción, ya que no resulta de aplicación al objeto de la contrata que desarrolla UTE Túneles Aena y que tampoco hubiera debido ser de aplicación para la empresa UTE Túneles Barajas.

La sentencia de instancia ha estimado que la norma colectiva que debe regir el caso que se presenta es el Convenio Colectivo de la Construcción de la Comunidad de Madrid.

El motivo debe ser estimado porque la sentencia recurrida ha incurrido en la infracción normativa que se denuncia.

El Anexo I del Convenio Colectivo describe las actividades que quedan comprendidas en el ámbito funcional del mismo. Y así como destina el apartado b) a " *La conservación y mantenimiento de autopistas, autovías, carreteras y vías férreas, en desarrollo de lo previsto en el apartado b) del artículo 3 del presente Convenio*" nada se indica en orden al mantenimiento de instalaciones aeroportuarios y menos referidas a la explotación y mantenimiento de sistemas de seguridad y control de los túneles del recinto aeroportuario.

Como señala la sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 2017, Recurso 160/2016 , "para establecer si a una determinada empresa le resulta de aplicación un específico convenio colectivo, debe estarse a la naturaleza de la actividad principal o preponderante que la misma realiza, dentro de las varias y diferentes que pudiere desempeñar (STS 17-3-2015, rec. 1464/2014 , y las muchas que en ellas se citan)" y en este caso vendría determinado por la actividad asumida en la contrata.

Y en este punto, como también ha señalado esta Sala, " *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*" (STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2017, Recurso 81/2017), y la de 5 de abril de 2017, Recurso 893/2016), criterio que compartimos y seguimos.

NOVENO- En el cuarto motivo, se denuncia la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , con el alcance dado por la jurisprudencia y doctrina europea sin que queda entender que estemos en un supuesto en el que sea aplicable la sucesión de plantillas, al no descansar la actividad, esencialmente, en mano de obra sino que los medios materiales son tan esenciales como los humanos para atender la actividad. Además,



sigue diciendo el recurso, los trabajadores asumidos por la entrante no son de especial significación como tampoco el número asumido.

La sentencia de instancia ha entendido que procede la subrogación en atención a lo que dispone el artículo 19 del Convenio Colectivo de aplicación. Además, entiende que la subrogación procedería por existir un supuesto de sucesión de empresas, en el concepto de sucesión de plantilla al haberse asumido por la nueva empresa al menos veinte.

El motivo debe ser estimado porque la sentencia de instancia ha incurrido en la infracción normativa que se denuncia.

En efecto, y partiendo de que la estimación del anterior motivo ha provocado que no estemos ante el ámbito funcional del Convenio Colectivo que ha aplicado la sentencia recurrida, decae la obligación de subrogación por virtud del convenio colectivo que ha aplicado la sentencia recurrida.

Y tampoco estamos ante el supuesto de sucesión de plantilla por cuanto que, al margen de que el mero hecho de haber asumido a 19 trabajadores no significa, por sí solo que estemos ante aquel caso ya que, por un lado, no parece que la actividad descansa en la pura mano de obra, de forma que los elementos estructurales o materiales no venga a tener una influencia decisiva en la actividad objeto de la contrata, tampoco consta que la sentencia recurrida haya atendido al número de trabajadores destinados en la contrata por parte de la saliente para obtener así que el número de los asumidos por la empresa entrante tengan la condición de relevante ni sea de tal competencia como para poder entender que la empresa ha asumido esa obligación que le impone la sentencia de instancia.

Esta Sala se ha pronunciado en un supuesto similar, referente a otros trabajadores, así Rec 763/2016 (sec. 3º), 81/2017 (sec 2º) y 300/2017 (sec 4º) sobre la misma contrata, en las que se concluyen rechazando la sucesión de plantilla que entonces se invocaba, precisamente porque el número de trabajadores de la empresa saliente que estaban atendiendo la contrata era bastante elevado o numeroso como para entender que la contratación por la entrante de trabajadores de la saliente (allí se había dejado constancia de 16 trabajadores) lleve al efecto jurídico que se pretendía por las allí recurrentes (STSJ de Madrid, de 5 de abril de 2017, Recurso 893/2016). Y no hay razón alguna en este momento para alterar aquel criterio que se apoyaba en similares hechos que los presentes, en donde, incluso, tenemos constancia de la falta de contratación de determinado personal de competencia necesaria para entender que solo ha existido un cambio de empresario con obligación de asumir al personal.

Así la STSJ de Madrid, de 21 de marzo de 2017, Recurso 81/2017), dice que " 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".

Por todo lo cual al haberse infringido por la sentencia recurrida las normas citadas como indebidamente aplicadas procede estimar el recurso y revocar la sentencia recurrida en lo que ha sido objeto del recurso, confirmándola en lo demás.

DÉCIMO Se acuerda la 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 anteriores preceptos y los demás de general 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 28 de los de MADRID, con fecha 17 de noviembre de 2016 , en los autos 893/2015, en



virtud de demanda formulada por D. Hilario contra UTE TÚNELES BARAJAS (UTE FCC-CISER), FCC INDUSTRIAL E INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS SAU, UTE TÚNELES AENA (ACENTIAASSIGNIA), 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 en lo que ha sido objeto del recurso, confirmándola en lo demás, absolviendo a la recurrente de las pretensiones en su contra formuladas, con desestimación de la demanda formulada. Acordamos la devolución de las consignaciones y depósito efectuado para recurrir, una vez firme la presente resolución. Sin costas

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

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

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

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827-0000-00-0623-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, 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).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. 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. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000-00-0623-17.

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

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.