



Roj: **STSJ M 791/2016 - ECLI: ES:TSJM:2016:791**

Id Cendoj: **28079340012016100100**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/02/2016**

Nº de Recurso: **905/2015**

Nº de Resolución: **102/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 791/2016,**
STS 1980/2018

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

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

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34001360

NIG : 28.079.00.4-2013/0028428

Procedimiento Recurso de Suplicación 905/2015

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 905/2015

Sentencia número: 102/2016

J

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

Ilma. Sra. D^a. MARIA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

En la Villa de Madrid, a 5 de Febrero de dos mil dieciséis, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

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 número 905/2015 formalizado por el Sr/a. Letrado/a D^a. ELENA GARCÍA en nombre y representación de D. Jose Carlos contra el Auto de fecha 16/6/2015 dictada por el Juzgado



de lo Social número 15 de MADRID , en sus autos de ejecución número 284/2014 seguidos a instancia de D. Jose Carlos frente a "FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS", en reclamación de DESPIDO-EJECUCIÓN siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARIA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA, 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 dictó auto.

SEGUNDO: En dicho auto recurrido en suplicación se consignaron los siguientes hechos:

PRIMERO.- Con fecha 13.04.15 se dictó por este Juzgado Auto resolviendo incidente de ejecución, en el que, se declaraba extinguida la relación laboral existente entre D. Jose Carlos y la empresa FOMENTO CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, con efectos desde la fecha del mismo, sustituyendo la obligación de readmisión incumplida por la empresa, por la obligación de la misma de abonar al actor una indemnización de 23.064,85 euros, además se condenaba a la empresa a abonar al actor la cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir, desde la fecha de sentencia que por primera vez declaró la improcedencia del despido, hasta la fecha de la resolución declarativa de la extinción de la relación laboral, sin perjuicio del descuento que en su caso proceda por las cantidades, que la empresa haya abonado en concepto de contraprestación, en cumplimiento del auto dictado por este Juzgado en ejecución provisional de 28.04.14.

SEGUNDO.- En fecha 08.05.15 se interpuso recurso de reposición contra le mencionado Auto, por FOMENTO CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS y en fecha 6.06.15, se presentó escrito de impugnación del recurso de reposición por la parte actora con base en las alegaciones recogidas en su escrito.

TERCERO: En dicha auto recurrido en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

" *DESESTIMO el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de fecha 13.04.15, confirmando íntegramente la resolución recurrida* "

CUARTO: Frente a dicho auto se anunció recurso de suplicación por la parte demandante formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

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 de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 30/11/2015 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en 20/1/2016 señalándose el día 3/2/2016 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La empresa "Fomento de Construcciones y Contratas " (en adelante "FCC") acordó el despido del Sr. Jose Carlos con efectos de 12 de abril de 2013. El trabajador impugnó judicialmente esa decisión mediante demanda de despido, que la sentencia del juzgado de lo social nº 15 de Madrid de 17 de enero de 2014 calificó como nulo. Recurrida esa decisión por la empresa condenada, este Tribunal dictó sentencia el 26 de septiembre de 2014 en el sentido de cambiar dicha calificación por la de improcedente, reconociendo a favor del trabajador su derecho a optar entre extinguir la relación laboral con indemnización o continuar con dicha relación.

Durante el desarrollo de este recurso el trabajador pidió la ejecución provisional de sentencia y por auto de 28 de abril de 2014 se impuso a la empresa la obligación de abonar al trabajador el salario sin contraprestación de servicios. Firme la sentencia de suplicación, el trabajador instó su reincorporación laboral el 3 de noviembre de 2014 , requiriendo el órgano judicial a la ejecutada para que materializase ese reintegro, oponiéndose la empresa con el argumento de que esa medida no era posible, al haber dejado de realizar la actividad a la que se dedicaba el trabajador (alumbrado público en el Ayuntamiento de Valdemoro), por haberlo rescatado la empresa principal de la que era contratista y haberla asignado posteriormente a otra empresa.

A raíz de estas alegaciones se celebró el incidente previsto en el art. 280 LRJS, el cual se resolvió por auto de 13 de abril de 2015, en el sentido de acordar la extinción de la relación laboral existente entre el trabajador y "FCC",



con abono de indemnización y salarios dejados de percibir desde la fecha de notificación de la sentencia de este Tribunal que declaró el despido improcedente, hasta la fecha de dicho auto, descontando de esta cantidad lo percibido en ese periodo en concepto de ejecución provisional.

El trabajador recurrió ese auto mediante recurso de reposición, el cual fue desestimado por auto de 16 de junio de 2015, ahora recurrido en suplicación.

SEGUNDO.- Consta ese recurso de un primer motivo donde se hace invocación *"del artículo 53 del Convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Valdemoro, Cláusula Duodécima del Acuerdo sobre las condiciones de integración del personal de Servicios de la ciudad y Medio Ambiente del Ayuntamiento a la empresa adjudicataria de los mismos, los artículos 56.4 del Estatuto de los Trabajadores, art. 110.2 y artículos 282 a 284 LRJS, en relación con el art. 28.1 de la Constitución y artículos 3.1b), 82 y 85 del Estatuto de los Trabajadores. Infracción de la Doctrina"*.

Tras esta cita normativa lo que se quiere decir es que el Sr. Jose Carlos tenía la condición de delegado sindical de FCC por el sindicato CSIF y ello le atribuía iguales prerrogativas que los representantes unitarios de los trabajadores en una serie de materias, entre las cuales la opción a favor de la readmisión o de la indemnización en caso de despido improcedente, y, de ejercitarse elección a favor de la readmisión, ésta debería llevarse a cabo de manera obligada, conforme a las previsiones del art. 282 LRJS y la doctrina constitucional contenida en sentencias de 9 de diciembre de 2002 y 14 de junio de 1999, aparte de otras sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia.

Damos respuesta a estas alegaciones resaltando que en el presente recurso no se discute a quién corresponde la opción entre readmisión o indemnización consecutiva al despido improcedente del Sr. Jose Carlos. Esta cuestión ya quedó resuelta en firme en la sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de 26 de septiembre de 2014.

Pero también quedó resuelto en firme en esa misma resolución que el trabajador no podía ser considerado delegado sindical de CSIF a efectos de disfrutar los beneficios establecidos en el art. 10.2 LO 2/85, y así lo resalta la juzgadora de instancia en el auto ahora recurrido.

Los elementos que constan en la sentencia de este Tribunal de 26 de septiembre de 2014 (rec. 489/14) son claros en ese sentido, tanto en lo que afecta a los hechos que en ella se declararon probados como a los fundamentos de derecho que dieron pie a la decisión adoptada en esa resolución judicial.

Así, por lo que se refiere a los primeros, el fundamento de derecho tercio de dicha sentencia señala:

"Como segunda modificación del relato fáctico se pide añadir el siguiente párrafo al segundo hecho declarado probado: "Que la plantilla total del centro de trabajo donde presta servicios el actor es inferior a 250 trabajadores. Por tanto, no concurren los requisitos legales para que establezca la sección sindical pertinente de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 10 de la LOLS".

Vuelve a oponerse el escrito de impugnación del actor invocando que "en ningún momento se ha debatido en el acto del juicio el hecho de que se haya constituido o no la pertinente sección sindical".

Lo que trata de aclararse en este punto de recurso no es la existencia de una determinada sección sindical, sino si el representante de la misma puede considerarse delegado sindical de acuerdo con las previsiones del art. 10.2 LOLS, y, siendo que este precepto requiere como presupuesto para ello que el centro de trabajo cuente con una plantilla de al menos 250 trabajadores y que la prueba documental citada en recurso revela que el número de trabajadores de la plantilla era de 195, dejaremos constancia de tal dato, sin añadir ninguna otra valoración jurídica como la que contiene el recurso".

Por lo que toca a la argumentación de fondo, los fundamentos de derecho séptimo y siguientes de dicha sentencia mantienen:

"Falta por ver a quién corresponde la opción entre readmisión laboral o indemnización, cuestión que el recurso aborda en el último de sus motivos, defendiendo que corresponde a la empresa, por no tener el Sr. Casimiro la condición de delegado sindical en los términos del art. 10 LOLS (se cita a tal efecto la sentencia del Tribunal Supremo de 24/11/09 así como las de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9/5/11 y 28/11/12 (rec. 3834/12), ni ser de aplicación el art. 17 del convenio colectivo del Ayuntamiento de Valdemoro".

Más adelante contesta a esta cuestión diciendo que el derecho de permanencia en el puesto de trabajo no puede hacerse descansar en las condiciones de delegado sindical, razonando: *"No tiene apoyo en la regulación del art. 10.2 LOLS, tal como establece el citado precepto y resalta la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009 (Recurso: 36/2009), al igual que la sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de mayo de 2011 (Recurso: 1774/2010), en la que se contienen las siguientes precisiones:*



"Resulta evidente la necesidad de que la sección sindical, como órgano pluripersonal que puede actuar externamente frente al empleador, lo haga a través de personas físicas. O dicho de otra manera, cualquier sección sindical puede contar con representantes externos-delegados sindicales -con independencia de si la LOLS les atribuye o no un especial estatuto-, para mediante ellos, ejercitar las facultades que integran la libertad sindical, sin perjuicio de que algunos de ellos, de concurrir las exigencias que requiere la LOLS -lo que no es el caso- cuenten además con otras facultades añadidas a las generales y el empleador deba reconocer los derechos establecidos en el artículo 10 de la LOLS, si -se insiste- se cumplen los requisitos previstos en el precepto. Ello permite hablar de dos tipos de delegados sindicales, según posean o no atribuciones de acuerdo con la LOLS. En el primer caso, existe un reconocimiento a efectos externos, más allá del estricto marco de la sección sindical. Son los que reuniendo los requisitos del artículo 10 de dicha Ley, y beneficiados por los derechos que les reconoce este precepto, se identifican habitualmente con el término de delegado sindical. El segundo tipo lo integran aquellos delegados sindicales que no pueden disfrutar de dichos beneficios legales y tienen limitada su actuación a la estricta representación de la sección sindical. Estos representantes-delegados vienen siendo denominadas de distintas maneras: portavoces, delegados internos, delegados privados, delegados sindicales al margen de la ley, etc, e incluso también simplemente como delegados sindicales, aunque dicha denominación pueda dar lugar, terminológicamente, a equívocos".

Así pues, no ofrece duda que la cuestión jurídica referida a la posibilidad de reconocer al Sr. Jose Carlos la condición de delegado sindical se descartó en función del debate planteado en el recurso de suplicación correspondiente a la fase declarativa del proceso, que giró en torno a la aplicación del art. 10.2 LOLS (cuestión defendida por la empresa) y de los arts. 17 de convenio colectivo del Ayuntamiento de Valdemoro y apdo. 40 del Acuerdo sobre condiciones de integración del personal de dicho Ayuntamiento en la empresa contratista (citado por la parte trabajadora). De acuerdo con el principio de congruencia, estos extremos fueron los que la Sala analizó y resolvió.

Sin embargo, en este momento el recurso del trabajador invoca la aplicación de una normativa (art. 53 del citado convenio y cláusula duodécima del mencionado acuerdo) diferente a la del citado recurso. No sabemos si la razón de este diferente enfoque obedece a un posible cambio de dirección letrada de uno y otro recurso pero, sea como fuere, no ofrece duda que no cabe dejar sin efecto lo resuelto en la sentencia resolutoria del citado recurso de suplicación, ya que es firme, por no haber sido recurrida, a pesar de que, si la representación del Sr. Jose Carlos entendía que no era correcta la decisión de no considerarlo delegado sindical, bien pudo atacar esa decisión. No lo hizo y, por tanto, estamos ante materia que constituye cosa juzgada no revisable en este incidente, so pena de lesionar el art. 24 CE.

TERCERO. - Éste es un argumento definitivo para desestimar el primero de los motivos de recurso, por mucho que éste pase por alto la firmeza de dicho pronunciamiento y quiera reconsiderar en esta fase de ejecución lo resuelto en firme en la fase declarativa, citando con ese propósito dos sentencias constitucionales que no resultan aplicables, no sólo por no darse en los casos en ellos resueltos la previa concurrencia de un pronunciamiento judicial firme, sino, además, porque las cuestiones jurídicas en ellas abordadas nada tienen que ver con lo debatido en este recurso.

En concreto, la sentencia constitucional 229/2002, de 9 de diciembre de 2002, aborda la cuestión referida a si cabe admitir que un representante sindical pierda el derecho de opción entre ser readmitido o indemnizado como consecuencia de la revocación asamblearia de su representatividad ("*Ceñido el objeto de la demanda de amparo únicamente a determinar si la asimilación jurídica entre destitución del delegado sindical y revocación del representante unitario alcanza a lesionar el art. 28.1 CE, en la medida en que la misma priva arbitrariamente al delegado sindical Sr. Gines de una garantía prevista legalmente para el ejercicio de sus funciones como representante sindical en la empresa*"), lo que es ajeno al presente debate.

De igual modo la otra sentencia constitucional citada en recurso (nº110/1999, de 14 de junio de 1999) se refiere a si cabe que en la fase de ejecución de sentencia se adopte una decisión sobre el decaimiento del derecho a la readmisión laboral del trabajador, yendo más allá de lo debatido en esa fase del proceso ("*En el supuesto ahora estudiado el trabajador acudió a las dependencias de la empresa, pero lo hizo sin el camión que aportaba como herramienta de trabajo hasta el momento del despido. Ante la exigencia de que lo aportase, insta el incidente de ejecución y, tras obtener una resolución favorable del Juzgado de lo Social, el Tribunal Superior declara regular la readmisión efectuada por la empresa. Pero, lejos de concluir aquí su pronunciamiento, valora la conducta del trabajador como impeditiva de la readmisión efectiva y lo declara decaído en su derecho, introduciendo así una consecuencia que, por correcta que pudiera en definitiva resultar, no está prevista en la norma rectora de la ejecución ni se deriva de la estructura del incidente*"). Tampoco este debate corresponde al que subyace en el presente incidente de ejecución.

En suma, no resulta de aplicación en este caso el art. 282 LRJS. Se desestima el primer motivo de recurso.



CUARTO.- El segundo motivo se ampara en "infracción del artículo 17 del Convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Valdemoro, Cláusula cuarta del Acuerdo sobre las condiciones de integración del personal de Servicios de la ciudad y Medio Ambiente del Ayuntamiento a la empresa adjudicataria de los mismos, los artículos 56.4 del Estatuto de los Trabajadores , art. 110.2 y artículos 282 a 284 LRJS, en relación con el art. 28.1 de la Constitución y artículos 3.1b), 82 y 85 del Estatuto de los Trabajadores . Infracción de la Jurisprudencia".

En esta ocasión lo que se defiende es que, aún admitiendo que el Sr. Jose Carlos no se encuentre dentro de ninguna de las dos situaciones que contempla el art. 282 LRJS , la previsión de esta norma (readmisión del trabajador obligada) también se hace extensiva a otros supuestos no comprendidos en ella si así se ha establecido en convenio, como es el caso presente, en función de lo acordado en el art. 17 del Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Valdemoro , defendiendo a favor de esta tesis la doctrina que contienen las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2001 y 26 de diciembre de 2000 .

QUINTO. - Pasamos a ver el alcance de estas sentencias. La de 26 de diciembre de 2000 (Recurso: 61/2000) mantiene:

"Tal y como se ha apuntado en el fundamento anterior, la cuestión se centra en determinar la fuerza que la previsión del Convenio tenga en relación con la ejecución de una sentencia de despido, o lo que es lo mismo, si las causas de ejecución de la sentencia de despido en sus propios términos cuando procede la readmisión, sólo cabe acordarla en los casos que el artículo 280 1. LPL establece, esto es, en el supuesto de que el trabajador fuese representante de los trabajadores y hubiese optado por la readmisión y cuando el despido sea declarado nulo, o, por el contrario, caben otros supuestos allí no previstos.

(...)

La norma del Convenio entonces, constituye una fuente de la relación de trabajo (artículo 3.1 b) y 82 del Estatuto de los Trabajadores). El pacto suscrito, el compromiso adquirido por la Administración recurrida en el artículo 67.10 del Convenio, se incorporó como norma a las relaciones entre quienes era aplicable y pasó a formar parte de los derechos y obligaciones recíprocos. No se debe olvidar que si el Convenio contenía una garantía como la que el discutido precepto describe, un claro beneficio para el trabajador, éste se pactó en un conjunto indisoluble de derechos y obligaciones que probablemente tuvo sus contrapartidas en otros aspectos del pacto para los trabajadores afectados. Por ello, nada debe impedir que el derecho a la readmisión en su puesto de trabajo que se concede al trabajador injustamente despedido, se añada a las previsiones establecidas en la Ley, pues tal fue el compromiso que la empresa adquirió voluntariamente cuando firmó el repetido Convenio Colectivo.

En consecuencia, las previsiones del artículo 280 LPL pueden ser aplicadas cuando las partes mutua y voluntariamente deciden que lo sean en determinados supuestos, como en este caso. No se puede decir por un lado que se garantiza el derecho a la readmisión del trabajador improcedentemente despedido y, por otro, cuando ha de llevarse a cabo tal incorporación, invocar la imposibilidad de hacerlo y ampararse en la limitación de supuestos del precepto que expresamente se quiso incorporar, aunque sea de forma indirecta, a las relaciones entre las partes firmantes del Convenio. Lo contrario sería dejar en manos de una de las partes el cumplimiento de lo pactado, lo que equivaldría en este caso a la desaparición real de la garantía, el vaciamiento de su contenido y la desnaturalización total del pacto.

Por lo tanto, la doctrina correcta es la que se contiene en la sentencia de contraste, que es la que otorga al pacto colectivo en relación con el ejercicio de la opción por parte del trabajador a favor de la readmisión cuando de despidos no ajustados a derecho se trata, la interpretación correcta y en consecuencia, ha de estimarse el recurso, casar y anular la sentencia recurrida y con arreglo a lo previsto en el artículo 226 de la Ley de Procedimiento Laboral , resolver el debate planteado en suplicación estimando el recurso de tal clase y declarando el derecho del actor a ser integrado en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, sin que sea posible sustituir tal pronunciamiento por una indemnización sustitutoria, salvo, naturalmente, que las partes llegaran a un acuerdo en tal sentido, aplicándose, en caso de que no se diese cumplimiento al tal mandato, las previsiones contenidas en el artículo 282 de la Ley de Procedimiento Laboral ".

La sentencia de 5 de octubre de 2001 (RCUD 3267/00) se pronuncia en igual sentido. También en esa ocasión se falla que las consecuencias que debe producir el despido de un trabajador declarado improcedente cuando la norma colectiva aplicable reconoce a los trabajadores el derecho a optar entre la readmisión o la indemnización implica la readmisión obligatoria del trabajador.

Así pues, se trata de ver qué acuerda la normativa convencional aplicable al Sr. Jose Carlos .

SEXTO.- El recurso invoca a estos efectos el art. 17 del Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Valdemoro y la cláusula cuarta del Acuerdo sobre condiciones de integración del personal de Servicios de la ciudad y Medio Ambiente del Ayuntamiento.



Ese art. 17 de convenio, aplicable al Sr. Jose Carlos conforme a lo estipulado en su momento al asignarse la contrata del Ayuntamiento de Valdemoro a FCC, figura en el décimo fundamento de la sentencia de este Tribunal de 26 de septiembre de 2014 . Su texto es el siguiente: *"En virtud del principio de igualdad de trato de todos los empleados del Ayuntamiento, patronatos y organismos autónomos, sea cual fuere su régimen jurídico, el equipo de Gobierno Municipal, así como los responsables de los organismos no utilizarán la fórmula de indemnización sustitutoria en el supuesto de despido del personal fijo y/o indefinido de la plantilla que haya sido declarado improcedente por los Tribunales competentes"*.

Por su parte el fundamento de derecho undécimo de la misma citada sentencia de este Tribunal recoge el texto de la cláusula cuarta del Acuerdo al que se acaba de hacer mención, diciendo: *"En los supuestos de despido no procedente declarado por sentencia judicial firme, los trabajadores podrán optar entre la readmisión en la empresa o la indemnización"* .

De ambos textos resulta que en los supuestos de despido no procedente, declarado por sentencia judicial firme, la empresa no podrá optar por la indemnización sustitutoria, mientras los trabajadores podrán optar entre la readmisión o la indemnización.

En consecuencia, debería aplicarse al presente supuesto la jurisprudencia citada en el anterior fundamento de derecho.

SÉPTIMO.- Nos queda por ver si a ello se opone la apreciación de la juzgadora de instancia referida a que, al margen de la inaplicación del art. 282 LRJS , existe imposibilidad de inadmitir al trabajador por haber desaparecido el servicio al que estaba asignado en el momento de su despido, consecuencia del rescate por parte del Ayuntamiento del alumbrado público en cuya tarea intervenía, y su posterior contrata con una empresa distinta a FCC.

Esta cuestión es abordada en el tercer motivo de suplicación, con cita de los " art. 85.2 y 97.2 LRJS , en relación con el art. 218 LEC . *indebida aplicación de los arts. 280 y 281 LRJS , infracción de los arts. 282 a 284 y 286 del mismo texto legal ; e infracción del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y Directiva 2001/23/CE del Consejo de Europa de 12 de marzo de 2001"*.

Para su debida respuesta conviene hacer mención a los puntos esenciales que contiene el fundamento de derecho segundo del auto de 13 de abril de 2015 confirmado por el de 16 de junio de 2015. Se dice en él que el Sr. Jose Carlos estaba asignado por FCC al servicio de alumbrado público del Ayuntamiento, según se dedujo de prueba documental y testifical, al menos desde la mitad del año 2012. Igualmente se indica que dicho servicio municipal dejó de ser realizado desde 31/12/2013 por dicha empresa contratista, para ser rescatado por el propio Ayuntamiento, pactándose con los trabajadores de alumbrado público que serían subrogados desde 1/1/14 por el indicado Ayuntamiento, haciéndose cargo con posterioridad otra contratista. Por tanto, se concluye con la imposibilidad de reincorporación laboral del Sr. Jose Carlos .

Éste defiende en su escrito de suplicación que la aplicación del art. 282 LRJS y la obligada readmisión laboral que en él se establece sólo puede eludirse si se da alguno de los dos supuestos contemplados en el art. 286 LRJS (cese o cierre de empresa), ninguno de los cuales concurre, ni tampoco se justifica su falta de reintegro laboral por la reversión del servicio de alumbrado público al Ayuntamiento y a una posterior contratista, ya que, por un lado, el ejecutante no se encontraba adscrito al servicio de alumbrado público sino al de limpieza viaria y, por otro, considerando, en hipótesis, que sí hubiera estado adscrito a ese servicio de alumbrado público, FCC ocultó que el Ayuntamiento había procedido a su rescate, lo que entiende el recurrente es demostrativo de la mala fe de esa empresa, contraria a los deberes a favor del trabajador que resultan del art. 44 ET y del art. 3 de la Directiva 2001/23/CE , toda vez que dicha ocultación ha impedido al Sr. Jose Carlos ejercitar el derecho que pudiera corresponderle en orden a ser integrado en la plantilla del Ayuntamiento de Valdemoro.

FCC rechaza ese planteamiento en su escrito de impugnación de recurso, haciendo especial hincapié en que ya en fase de ejecución provisional de sentencia quedó acreditado que el trabajador no realizaba el servicio de limpieza viaria que todavía ahora dice llevaba a cabo, sino el de encargado de alumbrado público. Sigue diciendo la empresa que, dado que este servicio de alumbrado fue asumido por el Ayuntamiento de forma directa, se ofreció al Sr. Jose Carlos en fase de ejecución provisional de sentencia la incorporación a otro puesto en alguno de los servicios que FCC seguía prestando para aquella Administración, siendo el trabajador quien lo rechazó, precisamente por entender que el puesto que le debía ser asignado no podía ser otro sino el de encargado de alumbrado público, consecuencia de lo cual fue que, no pudiendo realizar esa tarea, al juzgado dispuso durante la tramitación del recurso la empresa quedaba obligada a abonar al trabajador la misma retribución que percibía antes del despido, pero sin prestación de servicios. Concluye por ello que la actividad de alumbrado público a la que estaba adscrito el Sr. Jose Carlos debió determinar su integración en el Ayuntamiento de Valdemoro, al igual que sucedió con otros trabajadores de FCC ocupados en esa actividad.



Como vemos, las cuestiones a resolver a propósito de estas cuestiones son dos: si cabe la aplicación en este caso del art. 286 LRJS y cuál es la relevancia que ha tenido la sucesión empresarial del servicio de alumbrado público que realizaba FCC en el Ayuntamiento de Valdemoro respecto a la reincorporación laboral del Sr. Jose Carlos .

OCTAVO.- Dispone el art. 286.1 LRJS : *"Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, cuando se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal, el juez dictará auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir que señala el apartado 2 del artículo 281"*.

Este precepto no puede ser aplicado en el caso presente, puesto que no se dan los presupuestos contemplados en él, que aluden a cese temporal, cierre definitivo de la empresa u otra circunstancia ajena al empresario, tal como resalta la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2015 (RCUD 1581/14), al indicar que *"... el tratamiento diferencial se pone de manifiesto en el art. 284 LPL , al disponer -siquiera en fase ejecutoria- que la imposibilidad de readmitir al trabajador -por cese o cierre de la empresa- comporta la extinción de la relación laboral y el abono de la indemnización correspondiente; obligación que el vigente art. 286 .1 LRJS extiende -incluso- a «cualquier otra causa de imposibilidad material o legal», estableciéndose así un mandato que es el reverso de la solución propia de las obligaciones facultativas, en las que los supuestos de imposibilidad ajena al deudor/empresario se traducen -como arriba hemos señalado- en la extinción de la obligación por el perecimiento de la prestación"* .

Esa eventual imposibilidad de readmisión debe contemplarse desde la óptica que contiene la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de diciembre de 2013 (RCUD 3034/2012), donde se diferencia entre régimen de reincorporación laboral que supone modificación de condiciones que pueden integrarse en el "ius variandi" empresarial y las que constituyen verdaderas modificaciones sustanciales, declarando: *"El criterio general, establecido por la jurisprudencia unificadora, de distinción entre modificaciones sustanciales y accidentales consiste en que "por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas las previstas en la lista ad exemplum del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del ius variandi empresarial " (STS/IV 9-febrero-2010)"*.

Por tanto, el hecho de que haya desaparecido el servicio de gestión del servicio de alumbrado público que realizaba FCC y al que estaba adscrito el Sr. Jose Carlos no impedía la reincorporación laboral de este trabajador dentro de la empresa, ya que nada permite ver que no existan otros puestos de trabajo acordes a su categoría profesional, que es, en definitiva, lo que tiene que respetarse, no necesariamente el mismo puesto de trabajo, sin que esta afirmación suponga valoración alguna sobre la decisión tomada en el auto de ejecución provisional citado por la juzgadora de instancia, sobre el que nada podemos decir acerca de su eventual conformidad o disconformidad a Derecho puesto que ni era recurrible en suplicación ni nada se plantea ahora respecto al mismo.

Tampoco cabe entender que la asignación de la contrata de alumbrado público a una nueva contratista resulte relevante en este caso, puesto que esa nueva empresa ni siquiera ha sido llamada a este proceso por ninguno de los litigantes, a pesar del pleno conocimiento de este hecho por ambos al menos desde el citado incidente de ejecución provisional.

Se estima el recurso.

NOVENO.- No procede la imposición de costas, dado que la parte vencida de la que habla el artículo 235.1 LRJS es sólo la recurrente que carece del beneficio de justicia gratuita y ve íntegramente desestimada su pretensión.

DÉCIMO.- Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina en los términos previstos en el artículo 218 LRJS .

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Jose Carlos contra el Auto de fecha 16/6/2015 dictado por el Juzgado de lo Social número 15 de MADRID , en sus autos de ejecución número 284/2014. En su consecuencia, revocamos esta resolución judicial y reconocemos al Sr. Jose Carlos el derecho a que la empresa FCC lo reintegre en su plantilla en condiciones acordes con la actividad desempeñada antes de su despido. 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 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, 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 resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 n° recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos n° 35, 28010 de Madrid,

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: 2826000000(n° recurso).

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación para la unificación de doctrina contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificado por el RDL 3/13, de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma; tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, 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.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el , por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.