



Roj: **STSJ M 3063/2016 - ECLI: ES:TSJM:2016:3063**

Id Cendoj: **28079340062016100154**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/03/2016**

Nº de Recurso: **87/2016**

Nº de Resolución: **209/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ENRIQUE JUANES FRAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

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

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34002650

ROLLO Nº: RSU 87/16

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACION

MATERIA: DESPIDO

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 30 de , MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 665/15

RECURRENTE/S: IMESAPI SA

RECURRIDO/S: D. Epifanio y D. Faustino , SITOR TELECOMUNICACIONES SL

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID a veintiuno de Marzo de dos mil dieciséis

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

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 209

En el recurso de suplicación nº **87/16** interpuesto por el Letrado Dº ROBERTO REGUERA GONZALEZ en nombre y representación de **IMESAPI , SA** contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **30** de los de MADRID, de fecha **13-11-15** ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. ENRIQUE JUANES FRAGA.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **665/15** del Juzgado de lo Social nº **30** de los de Madrid, se presentó demanda por D. Epifanio y D. Faustino contra **IMESAPI SA y SITOR TELECOMUNICACIONES SL .** en reclamación de **DESPIDO,** y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en cuyo fallo es del tenor literal siguiente:



"ESTIMANDO la demanda de Despido a instancia de D. Epifanio y D. Faustino frente a IMESAPI SA y SITOR TELECOMUNICACIONES SL. DEBO DECLARAR Y DECLARO improcedente el despido del actor/a. CONDENANDO a la empresa demandada IMESAPI SA a optar entre readmitir al actor en su puesto de trabajo con abono de los salarios de tramitación o bien indemnizarle con la cantidad que se dirá. Advirtiendo a la empresa que la opción deberá realizarse en el plazo de 5 días hábiles desde la notificación de la sentencia, sin esperar a su firmeza, por escrito o por comparecencia ante el Juzgado. Y que de no optar en tiempo y forma se entenderá que procede la readmisión.

D. Faustino : 26.926,97 euros.

D. Epifanio : 28.126,23 euros.

Absolviendo a la codemandada SITOR TELECOMUNICACIONES SL".

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

PRIMERO.- Los actores venían prestando sus servicios en la empresa demandada con las siguientes condiciones laborales:

D. Faustino :

Antigüedad.- 2/7/2004.

Categoría profesional.- Oficial de primera mantenimiento CT.

Salario mensual con prorrateo de pagas extras.- 1.786,32 euros.

Contrato a tiempo completo.

D. Epifanio :

Antigüedad.- 9/12/2003.

Categoría profesional.- Oficial de primera mantenimiento CT.

Salario mensual con prorrateo de pagas extras.- 1763,41 euros.

Contrato a tiempo completo.

SEGUNDO.- Los contratos temporales que han suscrito con IMESAPI SA se extienden a los siguientes periodos:

1º.- Contrato eventual con duración de 12 meses, que tenía a como objeto "mantenimiento de la Red de cabinas telefónicas de Madrid (Cabitel)".

2º.- y sin solución de continuidad, contrato por obra o servicio determinado de 2/7/2004 y de 1/5/2004, respectivamente, con objeto de "mantenimiento de cabinas telefónicas de Madrid".

TERCERO.- El 15/4/2015 la empresa demandada IMESAPI SA comunicó a los actores la extinción del contrato con efectos de 30 de ese mes, al finalizar la obra o servicio objeto de su contrato en virtud de lo establecido en el Art. 49.1.c ET . Haciendo referencia a que en esa fecha cesaba en la ejecución del contrato de servicios con Telefónica Telecomunicaciones Publica SLU.

Añadiendo que sin perjuicio de su posible derecho a ser subrogado por la empresa SITOR TELECOMUNICACIONES SL adjudicataria del precitado contrato, conforme a lo establecido en el at 9 del Convenio Colectivo del Sector de Mantenimiento de Cabinas, Soportes y Teléfonos de Uso Público (BOE 15/7/1997 y Acuerdo que modifica el convenio (BOE de 10/1/2003).

Con fecha 1/5/2015 SITOR comunica a los actores que no va a proceder a la subrogación al no tener la condición de trabajador subrogable.

CUARTO.- El 14/4/2015 IMESAPI SA dirige burofax a SITOR comunicándole la relación de personal activo adscrito al centro de trabajo en el ámbito geográfico de Madrid. En la relación de afectados se encuentran los actores.

SITOR TELECOMUNICACIONES SL por burofax de 29/4/2015 contesta que la relación de trabajadores que le remite IMESAPI no coincide con la relación de personal subrogable del Anexo XII del Pliego de Condiciones Generales y Específicas para la ejecución del servicio que forma parte integrante del contrato de prestación de servicios con TELEFONICA TELECOMUNICACIONES PUBLICA SLU, que había sido certificada por IMESAPI con carácter previo al concurso, como empresa cesante.

Adjuntando el cuadro de personal subrogable del referido anexo en el que no constan los actores.



SITOR se subroga en el personal que se refleja en el cuadro de personal subrogable que son 7 trabajadores indefinidos y tres con contratos por obra.

Con posterioridad SITOR ha contratado ex novo a tres trabajadores que antes trabajaban para IMESAPI con contrato temporal.

QUINTO.- La demandada IMESAPI SA suscribió el 19/4/2012 con TELEFONICA TELECOMUNICACIONES PUBLICA SLU un contrato de prestación de servicios en el ámbito territorial de Madrid que al obrar en autos se tiene por reproducido. *En cuyo objeto se añade el mantenimiento de dispensadores de teletarjetas y el montaje y reposición de carteles publicitarios. Contrato que se extinguió el 30/4/2015.*

Con anterioridad había suscrito otros contratos con Telefónica con igual o similar objeto, contratos que se han ido prorrogando.

SEXTO.- Los actores se han dedicado, además del mantenimiento de cabinas, a la instalación y mantenimiento de columnas de recuperación cardíacas, instalación y reposición de publicidad y de máquinas expendedoras de tarjetas de telefonía.

SÉPTIMO.- La empresa SITOR adquirió a IMESAPI mediante contrato de compraventa de 25/03/2015 determinado material para el desarrollo de la actividad objeto de la contrata con Telefónica que se describe en el contrato por importe de 25.000 euros (doc. nº 11 de ramo de prueba SITOR).

Aparte SITOR ha adquirido o ha contratado leasing financiero para ocho vehículos destinados al desarrollo de la actividad por importe de 187.204 euros. También ha adquirido carretillas elevadoras, material informático, ropa de trabajo, etc., que se relacionan y aportan en el documento nº 12 de su prueba.

Habiendo suscrito un contrato de arrendamiento de local para la obra de negocio para la actividad contratada con Telefónica. (doc. nº 13 de ramo de prueba de SITOR).

OCTAVO.- Los actores no han ostentado, en el año anterior al despido, cargo de representación de los trabajadores en la empresa.

NOVENO.- Se intentó el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC

TERCERO.- .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandado, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día **16-3-16**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia ha estimado la demanda de despido de los dos trabajadores condenando a IMESAPI S.A. (en adelante IMESAPI) a responder de las consecuencias de la improcedencia del despido y absolviendo a la codemandada SITOR TELECOMUNICACIONES S.L. (en adelante SITOR). La empresa condenada ha recurrido en suplicación y el recurso ha sido impugnado tanto por los actores como por la empresa absuelta.

Se articula un primer motivo al amparo del art. 193.b) de la LRJS en el que se solicita la revisión del hecho probado 4º proponiendo en su lugar la siguiente redacción:

"CUARTO.- El 14/4/2015 IMESAPI SA dirige burofax a SITOR comunicándole la relación de personal activo adscrito al centro de trabajo en el ámbito geográfico de Madrid. En la relación de afectados se encuentran los actores.

SITOR TELECOMUNICACIONES SL por burofax de 29/4/2015 contesta que la relación de trabajadores que le remite IMESAPI no coincide con la relación de personal subrogable de Anexo XII del Pliego de Condiciones Generales y Específicas para la ejecución del servicio que forma parte integrante del contrato de prestación de servicios con TELEFONICA TELECOMUNICACIONES PUBLICAS SLU, que había sido certificada por IMESAPI con carácter previo al concurso, como empresa cesante.

Adjuntando el cuadro del personal subrogable del referido anexo en el que no constan los actores.

SITOR se subroga en el personal que se refleja en el cuadro de personal subrogable que son 7 trabajadores indefinidos y tres con contratos por obra. Con posterioridad SITOR ha contratado ex novo a tres trabajadores que antes trabajaban para IMESAPI con contrato temporal, de un total de dieciocho que prestaban servicios para IMESAPI en la ejecución del contrato adjudicado por TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS".

Asimismo, SITOR ha contratado a otros seis trabajadores que habían prestado servicios para IMESAPI para el mantenimiento de cabinas telefónicas en Madrid".



Para ello cita como documental la vida laboral de la empresa codemandada, folio 83, burofax enviado por la recurrente a la codemandada, documento 6 del ramo de prueba de la recurrente y contratos de trabajo celebrados con varios trabajadores posteriormente contratados por la otra empresa, documentos 16-21 de la recurrente. La modificación solicitada resulta de interés para la recurrente a los efectos de argumentar la subrogación de los dos trabajadores en SITOR con arreglo al criterio de sucesión en la plantilla.

De tales documentos se infieren las adiciones que en los dos últimos párrafos de la redacción propuesta ha introducido la recurrente. Así, resulta que la codemandada SITOR se subrogó en el personal que figuraba en el cuadro del personal subrogable, 10 trabajadores (7 indefinidos y 3 temporales) entre los que no figuraban los actores, con posterioridad SITOR ha contratado ex novo a 3 trabajadores que antes prestaban servicios para IMESAPI con contrato temporal (hasta aquí ya figuraba en la sentencia), siendo un total de 18 los que prestaban servicios para IMESAPI en la ejecución del contrato adjudicado por TELEFÓNICA, si bien los dos actores no prestaron servicios de modo exclusivo para dicha contrata. Por último es cierto que SITOR ha contratado a otros 6 trabajadores que habían prestado servicios para IMESAPI - pero no en esta última contrata - para el mantenimiento de cabinas telefónicas en Madrid.

Por tanto se puede aceptar la revisión pedida, pero en cualquier caso para esta Sala las precisiones así añadidas no tienen trascendencia para modificar el signo del fallo, como se razonará más adelante.

SEGUNDO.- En el segundo y último motivo se alegan, con amparo en el art. 193.c) de la LRJS , diversas infracciones jurídicas: art. 44.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 55.4 del mismo texto legal y con el art. 3.1 de la Directiva 2001/23 del Consejo, de 12-3-01 ; y art. 9.1 y 2 del convenio colectivo del sector de Mantenimiento de cabinas, soportes y teléfonos de uso público (BOE 15-8-97) modificado por Acuerdo de 11-11-02 (BOE 10-1-03).

En sus argumentaciones la recurrente mantiene que en la sucesión de la contrata de mantenimiento de cabinas telefónicas que venía realizando la contratista y recurrente IMESAPI y que desde el 1-5-15 ha pasado a efectuar la nueva adjudicataria SITOR, concurren tanto la sucesión en la plantilla como la transmisión de elementos patrimoniales necesarios para la explotación, por lo que a su juicio se ha de apreciar un fenómeno de sucesión empresarial conforme a lo dispuesto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores . Posteriormente aduce también la subrogación por virtud de lo previsto en el convenio colectivo.

Esta sección de la Sala ya ha analizado un recurso de IMESAPI planteado en los mismos términos, en sentencia de 14-3-16 rec. 67/16 , habiendo declarado lo siguiente:

"(...) TERCERO.- Como se ha indicado antes, debemos resolver la cuestión atinente a los contratos suscritos por el actor e IMESAPI, punto que la sentencia aborda calificando el cese como despido improcedente, decisión que la Sala comparte de principio. En efecto, el trabajador ha venido prestando servicios en virtud de contratación temporal en la modalidad de obra o servicio determinado- art. 15.1,a) del ET -cuyo objeto era el mantenimiento de cabinas telefónicas de Madrid, sin haber referencia alguna a si el contrato se celebró en función a su vez de una determinada contrata y, en tal caso, cuál era la empresa que adjudicó a IMESAPI el servicio a realizar. Siendo así, difícilmente cabe extinguir lícitamente la relación laboral por terminación de una contrata que tuvo lugar el 19-4-2012, teniendo en cuenta que dicha relación data del 1-5-2004 y cuyos pormenores de finalización son desconocidos, a tenor de lo que el factum relata. Es inadmisibles conjugar el cese por terminación de la obra o servicio para el que se contrató al actor con la de una contrata iniciada casi ocho años después, según se desprende sin duda y de modo indefectible de la narración fáctica, porque no hay constancia alguna en el relato histórico de la sentencia a cerca de los dos puntos básicos señalados: si el contrato de 1-5-2004 estaba vinculado en su duración a una contrata y, en caso de ser así, cuál era la empresa que adjudicó el servicio, presupuestos relevantes y decisivos para la validez primigenia del contrato.

CUARTO.- Como recuerda la STS de 8-11-2010 , las SSTS de 7-noviembre-2005 (rcud 5175/2004) y 5-diciembre-2005 (rcud 5176/2004) señalan que "constituye doctrina de esta Sala la posibilidad de que el contrato de trabajo temporal para la realización de una obra o servicio determinados, previsto en el art. 15.1-a) ET , sea válidamente concertado por la empresa contratista de una concreta actividad productiva encomendada por otra, ya que, en palabras de la sentencia de 20-noviembre-2000 (recurso 3134/99), explícitamente obtenidas de otras muchas que cita, concurre en esos casos una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa, objetivamente definida, y ésa es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga, añadiendo más adelante que lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato "; pero añadiendo que "... lo que importa subrayar... es que la duración del contrato de trabajo viene determinada por la del servicio concertado entre la empresa comitente y la empleadora, aunque tal duración no pueda ser precisada inicialmente, debiendo ser identificada la relación interempresarial en el contrato de trabajo, puesto que constituye la causa legitimadora de su temporalidad ".



A tenor de esta doctrina, no hay base en el caso actual para aceptar la licitud del contrato suscrito entre el actor e IMESAPI, si partimos de la total falta de conexión entre este negocio jurídico y la causa que se aduce para justificar su finalización, que sólo puede sustentarse en el art. 49.1, c) del ET cuando la empresa acredita que, de un lado, su terminación estaba sometido a la de una contrata (que ha de figurar identificada en el contrato de trabajo) y, de otro, que la extinción procede a raíz de la finalización de esta y la asunción del servicio por otro contratista, en cuyo caso habrá ocasión de analizar si, siendo válida la extinción, ha de operar el mecanismo subrogatorio.

QUINTO.- Es evidente que este último aspecto, el de la subrogación, viene a ser en el presente caso innecesario por superfluo, pues si el contrato es ilícito ab initio, los efectos propios de la improcedencia del despido (readmisión del trabajador o abono de la indemnización) solo pueden recaer sobre la empresa que ha decidido resolver la relación laboral."

TERCERO.- Los anteriores razonamientos son en todo aplicables al supuesto de estos autos, de modo que si no puede considerarse que los contratos de los actores estuvieran conectados con la contrata celebrada por la recurrente el 19-4-2012 con TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PUBLICA, S.A.U, no es ya factible que pueda producirse la subrogación de los trabajadores.

No obstante, analizaremos los argumentos de la recurrente, y como se verá, aunque no se tuviera en cuenta lo anteriormente razonado, no procedería apreciar la sucesión empresarial. Se ha de comenzar por la exposición resumida de los criterios consolidados en la jurisprudencia. Cuando se trata de sucesión de contratistas en principio no opera la sucesión empresarial, pero sí debe hacerlo cuando en esa sucesión se produce una entrega de elementos consustanciales a la explotación o cuando, tratándose de empresas que no necesitan apenas medios materiales, el nuevo contratista se hace cargo de una parte significativa, en términos de número y de competencias, de la plantilla del anterior; fuera de esos casos, solo la existencia de un convenio colectivo permite aplicar los mecanismos de subrogación expresamente previstos en esa norma y con sujeción a lo dispuesto en ella. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 15-7-13 rec. 1377/12 declara, reproduciendo la sentencia de Sala General de 29 de mayo de 2008 (R. 3617/2006): "(...)si no existe transmisión de elementos materiales y tampoco puede apreciarse la concurrencia de "sucesión de plantilla", en los términos y condiciones que la doctrina de la Sala requiere al objeto de que tratamos, es obvio que no puede sostenerse que exista en el caso de autos una sucesión de empresa de las que se regulan en el art. 44 del ET".

Como señala entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 24-7-13 rec. 3228/12 : "(...) En el supuesto ahora examinado no estamos ante la sucesión de empresas, regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Esta Sala, a partir de la sentencia de 5 de abril de 1993, recurso 702/92, ha señalado, a propósito de la subrogación establecida en el precepto referido, que "ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación". De esta manera en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera en virtud del mandato estatutario - artículo 44 ET - si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una "sucesión de plantillas", en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra - STS de 27 de octubre de 2004, recurso 899/00, que recoge la doctrina comunitaria- (...) En el asunto examinado, como anteriormente se ha consignado, no estamos ante la sucesión de empresas regulada en el artículo 44 ET pues no se ha producido transmisión de activos materiales ni tampoco "sucesión de plantillas", por lo que la única vía por la que, en su caso, procedería imponer la subrogación a la empresa entrante, (...), respecto a los trabajadores de la saliente, (...), sería la establecida en el convenio colectivo aplicable y con los requisitos y límites que el mismo establece."

Puede citarse también la sentencia del TS de 27-1-15 rec. 15/14 en los términos siguientes: "(...) "Según se desprende de lo que ordenan las normas comunitarias y estatales que se acaban de reseñar, es evidente que para que se pueda apreciar la existencia de sucesión de empresa, conforme a las mismas, es de todo punto necesario que se haya producido la transmisión de una "entidad económica" formada o estructurada por "un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica". Es claro, por consiguiente, que si no se produce la cesión de ese conjunto de medios organizados difícilmente podrá existir traspaso o sucesión de empresas. De ahí que, en principio, no puede calificarse de traspaso o sucesión de empresa la mera cesión de actividad o la mera sucesión de plantilla". Para terminar con la exposición de nuestra doctrina conviene insistir en que la Sala considera de preferente aplicación el artículo 44 del E.T. y la normativa comunitaria que transplanta a nuestro derecho, por cuanto estas normas priman sobre las convencionales. Consecuentemente, cuando no existe transmisión de una unidad productiva autónoma, cuando no se transmiten una serie de elementos personales y materiales organizados para llevar a cabo una actividad productiva, no puede hablarse de sucesión empresarial. Excepcionalmente, cuando la nueva empresa continúa desempeñando la misma actividad que la anterior y contrata a gran parte de los empleados de la misma, si ese conjunto de empleados tiene entidad económica autónoma, puede hablarse de sucesión de empresa cuando sucede en la actividad y en la plantilla,



figura denominada "sucesión en la plantilla" que se produce en los supuestos en los que la actividad descansa sustancialmente en la utilización de mano de obra, no siendo relevantes los medios materiales. Por ello, serán las circunstancias de cada caso las que determinen si ha existido o no sucesión de empresa y, caso de que la respuesta sea negativa, se deben aplicar subsidiariamente las disposiciones del Convenio".

Como ya se ha indicado, la jurisprudencia rechaza la aplicación del criterio de "sucesión en plantilla" si se trata de empresas que no descansan fundamentalmente en la mano de obra, sino que requieren de considerables elementos y medios materiales para la explotación empresarial, y así entre otras la sentencia del TS de 13-11-13 rec. 1334/12 declara: "(...) si la actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige de instalaciones o importantes elementos materiales, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número significativo de los empleados por el anterior, no se considera que haya sucesión de empresa si al tiempo no se transmiten aquellos elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad. En estos últimos casos, la obligación de subrogación solo será exigible si surge de la norma convencional o la impondría, en su caso, el régimen de obtención de la contrata -como puede suceder con la imposición de tal condición en el pliego de condiciones por parte de la Administración-, en cuyo caso habrá de estarse a esa fuente para delimitar el alcance de la obligación de subrogarse".

CUARTO.- De los datos contenidos en el hecho probado 7º se colige con claridad que la actividad objeto de la contrata en este caso no es de las que descansan fundamentalmente en la mano de obra, sino que, por el contrario, son necesarios elementos materiales de considerable relevancia. Así, se ha declarado que la nueva contratista SITOR adquirió a IMESAPI por compraventa determinado material para la prestación del servicio de la contrata por importe de 25.000 euros. Además SITOR ha adquirido o contratado leasing financiero para ocho vehículos destinados al desempeño de la actividad por importe de 187.204 euros, y también ha adquirido carretillas elevadoras, material informático, ropa de trabajo, etc., y por fin ha suscrito un contrato de arrendamiento de local para la actividad contratada con TELEFÓNICA.

Tales circunstancias revelan que la existencia de considerables medios materiales es imprescindible para la ejecución del servicio contratado, y ello, como se ha dicho, excluye forzosamente la aplicación del criterio de sucesión en la plantilla, que solo es decisivo cuando se trata de actividades que se basan de modo principal y sustancial en el quehacer de los trabajadores. En todo caso, hay que compartir con SITOR la alegación de su escrito de impugnación, en el sentido de que no cabe computar a los seis trabajadores que la recurrente añade (motivo 1º) porque no se hallaban prestando servicios en la contrata en el momento del cambio de contrata, sino que habían sido trabajadores de la saliente IMESAPI pero en tiempo pretérito.

Por lo que se refiere al otro criterio, la transmisión de elementos patrimoniales, tampoco en este caso conduce a la apreciación de la sucesión empresarial, ya que la mayor parte de los medios materiales que se van a utilizar en la nueva contrata no proceden de la anterior contratista, ni han sido puestos a disposición por la empresa principal, sino que han sido aportados por la nueva adjudicataria SITOR, como resulta de los datos reflejados en el hecho probado 7º, como ya se ha expuesto.

En consecuencia, no cabe apreciar sucesión empresarial en virtud del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y Directiva 2001/23.

QUINTO.- Queda por examinar la infracción alegada del art. 9.1 y 2 del convenio colectivo del sector de Mantenimiento de cabinas, soportes y teléfonos de uso público (BOE 15-8-97) modificado por Acuerdo de 11-11-02 (BOE 10-1-03).

De acuerdo con la modificación del art. 9 (BOE 10-1-13, documento nº 2 de la prueba de SITOR) resulta (apartado 2 de dicho precepto) que es requisito para la subrogación del personal que los trabajadores deben ser fijos o contratados para obra o servicio antes de 1 de mayo de 1999, y deben encontrarse vinculados a alguna de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio a la fecha de entrada en vigor de este acuerdo de fecha 11 de noviembre de 2002.

Los trabajadores demandantes han sido considerados fijos por la sentencia, debido al fraude de ley en su contratación temporal, y este aspecto no ha sido objeto de recurso. Pero no se encontraban vinculados a empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio a la fecha de 11- 11-02, ya que su antigüedad en IMESAPI es posterior a dicha fecha (2-7-04 y 9-12-03, hecho probado 1º) y no se ha acreditado que anteriormente hubiesen prestado servicios a empresas del sector. Por ello tampoco este precepto ha sido infringido y el motivo debe ser desestimado.

En consecuencia se impone la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia, con las consecuencias establecidas en los arts. 204 y 235 LRJS , que se detallarán en el fallo.

Por todo lo razonado, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución ,

**FALLAMOS:**

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la demandada IMESAPI SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 30 de MADRID en fecha 13-11-15 en autos 665/15 seguidos a instancia de D. Epifanio y D. Faustino contra la recurrente, y en consecuencia confirmamos dicha sentencia.

Se acuerda la pérdida del depósito y la consignación efectuados para recurrir, a los que se dará el destino legal una vez que esta sentencia sea firme. El recurrente deberá abonar a cada uno de los letrados impugnantes 600 € en concepto de honorarios por la impugnación del recurso.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **87/16** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 **87/16**), 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.).

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

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

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