



Roj: **STS 564/2020 - ECLI:ES:TS:2020:564**

Id Cendoj: **28079140012020100090**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/01/2020**

Nº de Recurso: **2914/2017**

Nº de Resolución: **78/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 5221/2017,**
STS 564/2020

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2914/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 78/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D. José Manuel López García de la Serrana

D. Ángel Blasco Pellicer

D^a. María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 29 de enero de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por UTE TÚNELES AENA representado y asistido por el letrado D. Gabriel Vázquez Durán contra la sentencia dictada el 16 de mayo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación nº 226/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 28 de Madrid, en autos nº 889/2015, seguidos a instancias de D. Jose Augusto contra UTE TÚNELES BARAJAS (compuesta por FCC INDUSTRIAL E INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS SAU y CISER OBRAS Y SERVICIOS SL), UTE TÚNELES AENA (compuesta por ACENTIA INSTALACIONES Y SISTEMAS SL y ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS SA) sobre despido.

Ha comparecido como parte recurrida D. Jose Augusto representado y asistido por el letrado D. Jesús Ángel Jiménez García, UTE TÚNELES BARAJAS y FCC INDUSTRIAL E INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS SAU representados y asistidos por la letrada D^a. Isabel Muñoz Vega.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Con fecha 16 de noviembre de 2016 el Juzgado de lo Social nº 28 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO (condiciones laborales).- D. Jose Augusto, 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 oficial 2ª y un salario de 52'38 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."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimo la pretensión de despido de D. Jose Augusto 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 Energéticas SAU y Ciser Obras y Servicios) 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 11.602'16 euros. Absuelvo a la empresa codemandada UTE Túneles Barajas."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por UTE TÚNELES AENA ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 16 de mayo de 2017, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por UTE TÚNELES AENA (compuesta por ACENTIA INSTALACIONES Y SISTEMAS SL Y ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS SA), 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 889/2015, seguidos a instancia de D. Jose Augusto, en reclamación por despido y confirmamos la sentencia de instancia, con imposición de costas a la recurrente, incluidos los honorarios de los Letrados impugnantes que la Sala fija en 600 euros para cada uno de ellos. Dese a los depósitos y consignaciones el correspondiente destino legal."

TERCERO.- Por la representación de UTE TÚNELES AENA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ Madrid en fecha 21 de marzo de 2017 (RS 81/2017).



CUARTO.- Con fecha 8 de enero de 2018 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Presentado escrito de impugnación por UTE Túneles Barajas y FCC Industrial e Infraestructura Energéticas SAU, así como por D. Jose Augusto . Por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de enero de 2020, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El presente recurso de casación unificadora plantea varias cuestiones: determinación del salario regulador para el cálculo de la indemnización por despido, obligación de subrogarse la nueva contratista en el personal de la anterior y posible infracción del art. 44 del ET.

2. Como antecedentes relevantes para resolver las cuestiones planteadas son de tener en cuenta los siguiente:

A) El actor prestó servicios para UTE Túneles Barajas (compuesta por Acentia Instalaciones y Sistemas SL y Asignia) ininterrumpidamente desde el 1 de octubre de 2009, con la categoría de oficial 2ª mediante un contrato temporal por obra o servicio cuyo objeto era la contrata en el ámbito de la cual prestaba servicios el actor. La empresa UTE Túneles Barajas, (empresa saliente) mantenía contrata de servicios con AENA SA, gestora de aeropuerto Adolfo Suarez Madrid Barajas, 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 constan las instalaciones y túneles que deben mantenerse; el ámbito y alcance de las actuaciones a realizar por la empresa adjudicataria que en esencia consisten en 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.

B) Para la ejecución de la contrata tenía asignados 26 trabajadores. Finalizada dicha contrata se acuerda otra a partir del 1 de julio de 2015 con la empresa UTE Túneles AENA (compuesta por Acentia Instalaciones y Sistemas SL y Asignia Infraestructuras SA) con pliego de prescripciones técnicas equivalente. 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.

C) El 16 de junio de 2015 se comunica a la parte actora, mediante carta, 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.

3. Con esos antecedentes, la sentencia declaró improcedente el despido del actor y condenó a las consecuencias de ello a la empresa UTE Túneles AENA, con absolución de la empresa UTE Túneles de Barajas.

4. Ese pronunciamiento fue recurrido por la condenada (UTE Túneles AENA), recurso que fue desestimado por la sentencia hoy recurrida en su integridad, pronunciamiento que es objeto del presente recurso de casación unificadora.

SEGUNDO.- Como se anticipó antes, el recurso se articula en torno a tres motivos, pero con base en una sola sentencia de contradicción.

Se trae como contradictoria la sentencia dictada por el TSJ de Madrid de 21 de marzo de 2017 (RS 81/2017), recaída en supuesto parecido, al tratarse de un procedimiento seguido entre la recurrente y otro empleado de la misma con el mismo objeto, donde a las cuestiones aquí planteadas se les dió diferente solución por las razones que después se analizarán a efectos de si concurre la contradicción requerida por el art. 219 de la LJS.

TERCERO.- Sobre el salario regulador de la indemnización por despido.

1. Se controvierte por el primer motivo del recurso la indebida inclusión del plus de transporte y el promedio de horas extras esporádicas en el cálculo del salario computable a efectos de despido, al tratarse de un concepto extrasalarial y no haberse probado el carácter regular de la realización de horas extras.

El motivo no puede prosperar por no concurrir la contradicción doctrinal que condiciona su éxito conforme al art. 219 de la LJS. En efecto, la sentencia recurrida valora que no se ha probado el carácter extrasalarial y esporádico de los conceptos controvertidos, incluso rechaza las revisiones fácticas propuestas en suplicación



sobre el particular por la recurrente. Por contra en el caso de la sentencia referencial, se parte de que el plus controvertido tiene carácter extrasalarial, incluso en las nóminas se califica así, mientras que no consta que la realización de horas extras fuese habitual (Fundamento Derecho Tercero). Ello sentado, como informa el Ministerio Fiscal, no existe contradicción porque las sentencias comparadas parten de hechos probados diferentes.

CUARTO.- Sobre el Convenio Colectivo aplicable.

1. Se alega la infracción de los artículos 82-3 del ET en relación con el art. 19 del Convenio Colectivo de la Construcción de Madrid y con el art. 5 del Convenio General de la Construcción, al entender la recurrente que no se aplican los convenios de la Construcción porque la actividad principal no es el mantenimiento de las infraestructuras, en todo su alcance, sino principalmente, la explotación de los sistemas de seguridad.

Sobre este particular si existe contradicción porque la sentencia recurrida ha entendido que si es de aplicar el convenio de la construcción, lo que obliga a resolver cual sea el convenio colectivo de aplicación y a unificar la divergencia.

2. Basta con leer el Hecho Probado Segundo, donde se dice: "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" para calificar de procedente el motivo del recurso que alega la violación del art. 82-3 del ET y la indebida aplicación de los preceptos convencionales que cita el recurso. En efecto, es cierto que el artículo 19 del Convenio Colectivo de la Construcción de la CAM establece la obligación de subrogarse al sucesor en las contrata de conservación y/o mantenimiento de autopistas, autovías, carreteras o vías férreas, redes de agua, concesiones para el mantenimiento y conservación de aceras, pavimentos, vías públicas y alcantarillado, pero no lo es menos que la actividad de la recurrente encaja en ese precepto, precisamente porque no se dedica al mantenimiento de autopistas, y otras vías de comunicación, incluso férreas o de conducción de agua, conservación de alcantarillado, aceras, pavimentos y vías públicas ni en general el mantenimiento de infraestructuras. Así lo evidencia el Hecho Probado Segundo y el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia recurrida que desestima la revisión del HP segundo, especialmente las ediciones sobre prescripciones técnicas.

Consecuentemente, no puede estimarse que la contratista estuviese sometida al Convenio de la Construcción, porque no realizaba las actividades propias del ámbito de aplicación del mismo, sino otras ajenas a él, como las de explotación de sistemas de seguridad y controles de vigilancia y al mantenimiento de esos sistemas, pero no a tareas de reparación o construcción de túneles y otras calzadas.

Por tanto, al no ser de aplicación el Convenio de la Construcción, no es exigible a la recurrente subrogarse en el personal empleado por la empresa saliente.

QUINTO.- Sobre la sucesión de plantillas.

1. El último motivo del recurso alega la aplicación indebida del art. 44 del ET y de la doctrina de la sucesión de plantillas que funda la sentencia recurrida en que la contratista entrante ha contratado a un número relevante de los empleados de la anterior, sin poner medios materiales relevantes que son de la empresa principal.

Pero acreditado que la nueva contratista se hizo cargo de 17 trabajadores de los 26 que empleaba la anterior contratista, así como que la nueva contratista hizo una inversión de 192.214'50 euros en medios materiales, informáticos y vehículos (Fundamento Derecho Segundo, apartado segundo, cuya adición se rechaza por tratarse de datos obrantes en documentos que se dan por reproducidos), hay que sentar una primera conclusión: que no lleva razón el Ministerio Fiscal cuando alega la falta de contradicción en este motivo, ya que las sentencias comparadas se basan en los mismos hechos: incorporación por la nueva contratista de 17 empleados de los 26 que empleaba la anterior e inversión de casi 200.000 euros en los medios necesarios para la explotación, elementos fácticos indiscutibles dado que la nueva contratista es la misma en las dos sentencias comparadas.

2. No puede estimarse que exista la llamada "sucesión de plantillas" que se produce cuando en empresas en las que en el proceso de producción es la mano de obra el factor fundamental de forma que la actividad puede continuar con los mínimos cambios personales y de dirección, pero en los casos en que la nueva contratista, además, debe hacer una pequeña inversión en herramientas y utensilios y viene obligada también a aportar, comprar, herramientas, máquinas pesadas, vehículos y medios informáticos que requieren una



inversión que no es fácil realizar de un día para otro. En estos casos, la nueva empleadora, aporta medios mecánicos y su know-how, saber hacer, lo que hace que el supuesto sea distinto a aquel en el que la actividad se reanuda nombrando uno o varios encargados de la dirección de los trabajos. Por ello, como en el presente caso la nueva contratista, además del personal cualificado, necesitaba la adquisición de elementos materiales imprescindibles y de personal que supiera usarlos, procede estimar el motivo examinado por estimarse que no hubo sucesión de plantillas.

SEXTO.- Las precedentes consideraciones obligan, oído el Ministerio Fiscal a desestimar el primer motivo del recurso que pretendía la revisión del salario a efectos de despido y a estimar los otros dos, lo que obliga a casar y anular la sentencia recurrida y a resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de revocar la sentencia de instancia y de desestimar la demanda. Sin costas en ninguna de las instancias.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Estimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de UTE TÚNELES AENA representado y asistido por el letrado D. Gabriel Vázquez Durán contra la sentencia dictada el 16 de mayo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación nº 226/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 28 de Madrid, en autos nº 889/2015, y

1. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y declaramos que no ha existido sucesión de empresa.
2. Revocamos la sentencia de instancia y desestimamos la demanda.
3. Sin costas y con devolución de depósitos y consignaciones que se hayan podido constituir para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.