



Roj: **STSJ BAL 619/2019 - ECLI:ES:TSJBAL:2019:619**

Id Cendoj: **07040340012019100247**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **24/07/2019**

Nº de Recurso: **354/2018**

Nº de Resolución: **251/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **VICTOR MANUEL CASALEIRO RIOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Ciudadella de Menorca, núm. 1, 23-05-2018,**
STSJ BAL 619/2019,
STS 1231/2022

T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00251/2019

RSU RECURSO SUPLICACION 0000354 /2018

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 64 /2017 JDO. DE LO SOCIAL Nº 1 DE CIUTADELLA DE MENORCA

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

NIG: 07015 44 4 2017 0000076

RECURRENTE: COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS SA

ABOGADO: FRANCESC XAVIER VAZQUEZ FERNANDEZ

RECURRIDO: SPARK IBERICA SAU

ABOGADA: MARIA DEL PILAR BALTAR FILLOL

RECURRIDOS: Candida , Nicanor , Octavio , Oscar , Celsa

GRADUADO SOCIAL: Luis Salgado Saborido **PROCURADOR:**

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE:

DON ANTONI OLIVER REUS.

MAGISTRADOS:

DON ALEJANDRO ROA NONIDE

DON VÍCTOR MANUEL CASALEIRO RÍOS.

En Palma de Mallorca, a veinticuatro de julio de dos mil diecinueve .

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados que constan al margen, ha pronunciado

**EN NOMBRE DE S. M. EL REY**

la siguiente

SENTENCIA NÚM. 251/2019

En el Recurso de Suplicación núm. 354/2018, formalizado por el Letrado D. Francesc Xavier Vázquez Fernández, en nombre y representación de la empresa "Cobra Instalaciones y Servicios S.A.", contra la sentencia nº 72/2018 de fecha 23/05/2018, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Ciutadella de Menorca, en sus autos demanda número 64/2017, acumulados 65/17, 66/17, 67/17 y 68/17, seguidos a instancia de D^a Candida , D. Nicanor , D. Octavio , D. Oscar y D^a Celsa , representados por el Graduado Social D. Luis Salgado Saborido frente a la entidad recurrente y la empresa "Spark Ibérica, SAU", representada por la Letrada D^a María del Pilar Baltar Fillol, en materia de sucesión de empresas, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. VÍCTOR MANUEL CASALEIRO RÍOS, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

I.- D^a Candida , con DNI nº NUM000 ;D. Nicanor , con DNI nº NUM001 ;D. Oscar , con DNI nº NUM002 ;D. Octavio , con DNI nº NUM003 y D^a Celsa , con DNI nº NUM004 , siendo trabajadores de la empresa Cobra, con antigüedad en la misma desde el 1/8/94, 21/4/08, 24/6/04, 24/6/04 y 23/2/04, respectivamente, y con salarios diarios, incluida la prorrata de pagas extras, de 39,60 €, 73,04 €, 93,12 €, 87,07 € y 45,15 €, respectivamente, << pues durante el año 2.016 D. Nicanor , D. Octavio y D^a Celsa , en algunos de los meses de dicho año percibieron retribuciones desiguales a otros meses por realización de horas extras o incentivos (vidas laborales y nóminas) >>, venían realizando sus desempeños con las categorías profesionales de Oficial 1^a Administrativa, Oficial 2^a Electricista, Oficial 1^a Electricista, Oficial 1^a Electricista, y Oficial 2^o Administrativa, respectivamente.

II.- La referida empresa << que en virtud de adjudicación realizada por la empresa "Endesa Distribución Eléctrica, S.L" (unipersonal) tras la correspondiente licitación realizada conforme a desconocidas "Condiciones Técnicas para la contratación de las Redes de Distribución MT/BT de Endesa Distribución Eléctrica, en adelante EDE (f. 1263 vto.; en contraste con los fs. 741 y ss. y 665 y ss.), concertó con dicha empresa y conforme a lo adjudicado, un Contrato de Mantenimiento y Ejecución de Obra Nueva en Redes de Distribución MT/BT a efectuar para la misma en Menorca, f. 1.264, para el periodo de noviembre de 2.010 a octubre de 2.013 - y que tuviera por objeto las mismas operaciones que obtuviera la empresa Spark en posterior licitación, adjudicación y contrato de Multiservicios MT-BT a efectuar desde noviembre de 2.016 a octubre de 2.019 para Ede en Mallorca Sur-Menorca, de mantenimiento y reparación, *excepto* (fs. 741 vto. y 742) la captura de los puntos de conexión a red (PCR) que se requiriesen para la actualización de cartografía de EDE; la colocación de registradores o analizadores en la red para realizar medidas de tensión, intensidad, potencia o factor de potencia; la conexión/desconexión de grupos electrógenos en los centros de Distribución de Endesa; el mantenimiento de los equipos de telecontrol en instalaciones de MT y MT/BT; el mantenimiento de concentradores para telegestión; y los servicios de medida: operaciones reguladas y pequeñas acometidas en BT. Así como de operaciones de ejecución de obra nueva, *excepto* la instalación de concentradores para telegestión, y servicios de medida:

Operaciones reguladas y pequeñas acometidas en BT >>, obtuvo nueva adjudicación por la empresa ENDESA-ENEL, para el periodo de noviembre de 2.013 a octubre de 2.016, tras la correspondiente licitación para el área definida de Mallorca Sur-Menorca realizada conforme a desconocidas condiciones técnicas para la contratación, concertando un contrato de desconocido contenido "Multiservicios MT-BT Mallorca Sur-Menorca", (f. 574 ter; y en contraste con los fs. 741 y ss. y 665 y ss.).

Además de este referido contrato, y en virtud de adjudicación en licitación diferente, (testigo Sr. Estanislao , ms. 32, 35 y 39 del CD II, y testigo Sr. Cesar m. 3 del CD III, en relación con el f. 610) la empresa Cobra llevaba a cabo la labor de telegestión consistente en la lectura/revisión de contadores que, conocida como "punto de servicio", (mismas referencias probatorias), se realizaba tanto en Menorca como en Mallorca en zona no coincidente con la que era objeto del contrato de Multiservicios MT-BT Mallorca Sur-Menorca referido (testigo Sr. Estanislao , m. 40 del CD II); actividad de telegestión que habría de desarrollar Cobra hasta el 31/12/17 y que habría de realizarse posteriormente por Spark a partir de esa fecha, en virtud de licitación y adjudicación posterior ganada por esta última empresa (testigo Sr. Estanislao , m. 32 del CD II).

III.- Dichas actividades, tanto la de multiservicio, como la de telegestión, bajo la superior representación en Mallorca del Director de la empresa Cobra en Baleares, se llevaron bajo la dirección, desde Mallorca, del



Delegado de la empresa Cobra, Sr. Estanislao (testigo Sr. Faustino , m. 55 del CD III); quien, tanto para Mallorca como para Menorca, - como hacía también, en el propio ámbito de su responsabilidad, bajo la dependencia del Sr. Estanislao y también con sede en Mallorca, igualmente tanto para Mallorca como para Menorca, el Técnico de Prevención y Seguridad, Sr. Héctor -, y con el auxilio administrativo de dos administrativas en Mallorca y otra dos en Menorca, autorizaba la organización del día a día y las decisiones en ambas zonas de las islas que se llevaban a efecto, por lo que a MT/BT se refiere, por los jefes de obra Sr. Jacobo en MT/BT (en Mallorca Sur), y Sr. Faustino (en Menorca), y, por lo que a Telegestión se refiere, por el Sr. Justiniano (en Mallorca), y por el Sr. Cesar (en Menorca), (fs. 2.105, en relación con el 1.068 y testigos Sr. Faustino m. 56 del CD II, y Sr. Cesar , m. 7 del CD III). Teniendo cada señalado jefe de obra de Telegestión a su cargo distintos operarios, y cada jefe de obra en MT-BT, para las inspecciones visitas y programación de las obras, un encargado general, (en el caso del de Menorca, Sr. Narciso), y tres encargados generales (en el caso de Mallorca Sur, f. 2.105); y éstos, a su vez, brigadas de MT/BT en las que había varios mandos de brigada/agentes de descargo (4 en Menorca y 10 en Mallorca- Sur), y operarios (5 en Menorca y 15 en Mallorca-Sur).

Siendo esta la línea de mando que se mantenía en Mallorca-Sur y en Menorca de forma similar, (con mayor amplitud de personal en Mallorca-Sur, en que también existía un técnico de obra y un delineante, f. 2.105), y supliéndose eventuales bajas por incapacidad temporal o por vacaciones de una zona a otra, (testigo Sr. Silvio y conclusiones de Cobra, m. 28 del CD III), todos ellos, 48, (fs. 1.068 y 2.105), en cuanto a MT/BT se refiere, << y aun cuando 13 de ellos, excluidos el Sr. Estanislao y el Sr. Héctor , (f. 1068), lo hacían en Menorca en que la empresa tenía como dirección de centro en el Polígono Industrial de Mahón, en la C/ DArtrux 10-H, 1º 3ª >>, figuraban en nómina adscritos al centro de trabajo Gas y Electricidad Mallorca (nóminas, p. ej. 1.079, 1.090, en relación, p. ej. con el f. 1.095).

D. Nicanor , D. Octavio , y D. Oscar , como 3 de los 5 operarios existentes en Menorca, y con las categorías profesionales indicadas, al menos durante el año 2.016 realizaban sus desempeños de forma casi exclusiva, (salvo ocasión muy esporádica que lo hacían para el punto de servicio de telegestión; testigo Sr. Estanislao , m. 31 del CD II y partes de trabajo, f. 1304 y ss.) en la llamada MT-BT, mientras que en el caso de las administrativas Dª Candida , y Dª Celsa dedicaban sus cometidos a ambas actividades, con preferencia mayoritaria para la MT-BT, calculándose un 65% de su trabajo para ésta y un 35% para la telegestión (testigo Sr. Estanislao , m. 32 del CD II).

IV.- Rigiendo en dicha fecha de 2.016 el Convenio Colectivo del sector del Metal de las Illes Balears (BOIB núm. 25 del 20/02/2014), en la que ningún artículo ni norma establecía la subrogación de personal en caso de cambio de contratadas, tanto Cobra como Endesa, en el mes de septiembre de 2.016, participaron en la licitación para la adjudicación de un nuevo contrato de Multiservicio MT-BT para la localización de Mallorca Sur y Menorca, a realizar desde noviembre de 2.016 a octubre de 2.019, de conformidad con las "Condiciones Técnicas para la contratación de las Redes de Distribución MT/BT de EDE" de 29/2/16, - en las que ninguna previsión, indicación, ni obligación se establecía sobre subrogación de personal para tal caso (hecho conforme, m. 30 del CD I, y fs. 665 y ss.).

Con fecha de 27/9/16, Cobra recibió de EDE comunicación de, - a la espera de la resolución de la licitación, y para permitir eventual transición de forma eficaz y ordenada -, considerar prorrogado el contrato con Cobra hasta el 31/1/17, (f. 1.204).

El día 19/10/2016, la empresa EDE (ya ENDESA-ENEL), comunicó a Spark la adjudicación de la mencionada contrata, y con la misma fecha a Cobra la pérdida de la misma, (f. 573 ter vto. Inspección de Trabajo, y f. 729), firmándose con fecha de 1/11/16, f. 739, contrato marco entre EDE y Spark, para la realización de todas las actividades señaladas en el HP II, (incluidas las excepcionadas en el mismo, f. 741 vto. en relación con los fs. 666 y 667); y, constituyéndose por ésta el aval bancario preciso de 394.427 €, 10% del importe anual de contratación previsto en el contrato, (fs. 737, y 738 en relación con el contrato marco), se iniciaron los servicios por parte de Spark, el 3/12/16, sin perjuicio de la prórroga dicha para Cobra, (Inspección de Trabajo, y m. 46 del CD II).

V.- La empresa Spark, << que había de tener, aportándolos al contrato y siendo de su exclusivo dominio, uso o dependencia, (al igual que los hubo de tener de forma prácticamente similar Cobra, f. 1.267 y 672 vto.), tanto *personal* con la formación y las habilitaciones correspondientes para la realización de los trabajos que se le habían de encomendar, (para lo que, además de personal que ya era propio de la referida empresa Spark, la misma contrató ya desde la primera semana del mes de diciembre de 2.016 a trabajadores que, no procedentes de Cobra, o tenían la formación y habilitación correspondiente, o les fue proporcionada la formación y conseguida su habilitación por Spark, e, igualmente, desde el 12/12/16, a trabajadores que la tenían, que se dirán, y que hasta que fueron contratados por Spark, pertenecían a Cobra, (fs. 815, 783, 785, testigo Sr. Cesar , m. 5 del CD III, y representante legal de Spark, m. 26 del CD II), como con al menos *dos sedes o centros operativos propios de Spark*, uno en cada isla, constituyendo el de Menorca en la C/



Avda. Talaiot, 7 en el polígono Industrial de San Lluís (f. 672 vto., 747, y testigo Sr. Silvio , m. 11 del CD III; y f. 9 y concordantes), como *equipos informáticos y terminales portátiles y la maquinaria, herramientas, utillaje y equipos* tanto personales como colectivos (para la constitución de las zonas protegidas y de trabajo en las instalaciones de EDE: puesta a tierra, detectores, banquetas etc..) de seguridad e higiene, vestuario etc... necesarios para la correcta ejecución de todas las obras y servicios contratados, incluyendo camiones, así como *vehículos de trabajo y de transporte, ordinarios, y especiales*, para los materiales ordinarios o más especiales a emplear (f. 746 vto. y 747); *materiales* que, de los necesarios para la normal ejecución de las obras y servicios objeto del contrato, (materiales que habían de ser nuevos, sin poder instalar por ningún concepto los provenientes de otras instalaciones, fueran o no de EDE, fs. 749 y 750) habían de ser aportados por Spark en una parte importante, f. 675, siendo en otra parte para la construcción, reformas y mantenimiento de sus redes así como para la resolución de averías, de propiedad de EDE, habiendo de ser éstos últimos, si bien en una fase inicial del contrato, mas luego ya no, (fs. 747 y 749 vto.), extraídos con sus propios medios por Spark de almacenes propiedad de EDE y llevados hasta los propios *almacenes* de los que, al menos uno en cada isla, (747, y testigo Sr. Silvio , m. 11 del CD III, y f. 814), tenía que proveerse Spark según las especificaciones de EDE >>, sin recibir absolutamente ningún elemento patrimonial ni material de la anterior contrata con Cobra (hecho conforme, m. 31 del CD) - y realizando un desembolso de 1.142.433 €. para poner en marcha la propia, por compra de materiales, stock de almacén, inversión, pequeñas herramientas y material de seguridad, formación y gastos generales; teniendo presupuestado en 1.485.794 €. la totalidad de los gastos de la misma para todo el año 2.017, correspondiendo 320.000 a personal funcional el 35%, fs. 783 y ss. -, para completar el personal que había de dedicar a tiempo completo o parcial a dicha contrata adjudicada, (personal que ya tenía, o nuevo desde finales de noviembre y primeros doce días de diciembre, f. 815, 22 en total), además de ofertar en medio de comunicación diversos puestos de trabajo tanto de técnicos, como de encargado, como de operarios, (f. 1209, 1.212, 1.247, 1.250 y ss.) o recibió, y/o, se dirigió a algunos de los trabajadores de Cobra empleados de la referida contrata coincidente prorrogada en Mallorca Sur y Menorca, y otros en telegestión también de Cobra, (testigo Sr. Cesar , m. 6 del CD III, en relación con el f. 1.068, y representante legal de Spark, m. 21 y 22 del CD II), para comenzar a trabajar en la mencionada contrata de Spark, (que había iniciado ya desde el 3/12/16 sus trabajos en la misma, fs. 773 y 782, representante legal de Spark, m. 23 del CD II, y Sr. Faustino , m. 50 del CD II), desde el día 12/12/16.

Al efecto, habiéndose de abonar la actividad conforme a la escala salarial superior en Spark que en Cobra (representante legal de Spark, m. 21 del CD II), se estableció negociación con algunos de ellos para conservarles sólo parte de la antigüedad que tenían en Cobra, verificando los mencionados trabajadores los correspondientes preavisos de baja laboral a Cobra y ésta la baja en la fecha de sus respectivos vencimientos, pasando a trabajar desde el respectivo día siguiente de alta en la contrata de Spark, (fs. 1.073 a 1.114). Y completándose así desde el día 12/12/16, - en que se hizo con el Sr. Héctor , Técnico de Seguridad y Prevención citado -, la plantilla, que, desde dicha fecha hasta final de diciembre, se incrementó con éste trabajador, así como con otros 13, (dos que no habían trabajado anteriormente en la empresa Cobra, y once que sí lo habían hecho, f 815; siete de los cuales lo hacían en Menorca, y si bien sólo 4 de estos siete en el objeto de la contrata prorrogada, f. 1068, siendo el encargado general para Menorca, dos mandos de brigada y un operario). A los que se unieron en Menorca desde el 3/1/17 y desde el 16/1/17, respectivamente, el jefe de obra y un mando de brigada, (f. 815, en relación con el 1.068). Y en Mallorca Sur otros cuatro trabajadores desde enero de 2.007 - al margen de los que desde dicha fecha fueron contratados por Spark, sin proceder de Cobra, hasta completar 63 trabajadores en la mencionada contrata -.

El 30/6/17, el jefe de telegestión, Sr. Cesar (que lo había sido exclusivamente durante los cuatro años anteriores para dicho punto de servicio de Cobra, ms. 4 y 6 del CD III, en contraste con el f. 1.068), fue contratado por Spark para trabajar como jefe de obra en la contrata de Spark, dependiente de Mallorca Sur, testigo, Sr. Cesar , m. 4 del CD III).

VI.- Contando Cobra, en la contrata específica de que se trata, con 35 trabajadores en Mallorca-Sur, (incluyendo al Delegado y al Técnico de Seguridad y Prevención), fueron 9 los trabajadores que, procedentes de Cobra y de la mencionada contrata, continuaron trabajando para Spark, sin hacerlo los 26 restantes; y, siendo 15 en Menorca, (incluyendo también a dicho personal común, Delegado y Técnico de Seguridad y Prevención), fueron 7 los que continuaron, dejando de hacerlo otros 8.

En la contrata de Spark << que hubo de disponer, dentro de la organización global de la contrata que siguió verificándose desde Mallorca, de secciones relativas a telemandos y concentradores, f. 814, y que estableciera tres centros de trabajo diferentes a los que tenía Cobra, dos en Mallorca Sur y uno en Menorca, (fs. 814 y 816) disponiendo tres jefaturas de obra con sendos encargados generales, (dos en Mallorca Sur, uno en el este y otro en el oeste; y uno en Menorca), teniendo Mallorca Sur un almacén y Menorca otro >>, no fueron contratados ni el Delegado Sr. Estanislao (que continuó en Cobra dirigiendo el ámbito de telegestión tanto en Mallorca como en Menorca, Sr. Estanislao , m. 31 del CD II), ni el Delineante, ni el Técnico de Obra citados, ni



ninguna de las trabajadoras de administración, ni uno de los dos jefes de obra de MT/BT, ni tres de los cuatro encargados generales, ni 6 de los 14 mandos de brigada/agentes de descargo, ni 17 de los 20 operarios.

En Mallorca-Sur fueron contratados el Técnico de Prevención y Seguridad, 5 de los 10 mandos de brigada/agentes de descargo, y 2 de los 15 operarios; en Menorca (además de continuar respecto de ella el referido Técnico de Prevención y Seguridad), lo fueron el Jefe de Obra de MT/BT, el Encargado General, tres de los cuatro mandos de brigada/agentes de descargo, y un operario de los cinco existentes (fs. 1068 y 2.105).

VII.- El 12/1/17, - en fecha posterior a la licitación y a la adjudicación de la mencionada contrata a SPARK, y sin que por Spark comunicase ni antes ni después de esa fecha de 12/1/17 directamente a Cobra haber sido la adjudicataria de la misma (hechos conformes, e Inspección de Trabajo, f. 572 ter y ss.) - la comisión negociadora para la elaboración de lo que había de ser el nuevo Convenio Colectivo del Metal en las I. Baleares, << formada la referida comisión por tres sindicatos en representación de los trabajadores, y por las asociaciones Febame y Asema, en representación empresarial >>, alcanzó un preacuerdo firmado para la suscripción del referido Convenio Colectivo, en que, en comparación con el que venía rigiendo, se proyectaba, entre los nuevos artículos, uno referido a la subrogación de trabajadores en caso de determinadas contratas, f. 1.200, terminando el preacuerdo señalando que "Por parte de la representación empresarial y social, se comprometen a dar la máxima publicidad al presente preacuerdo con la finalidad de que lo acordado en el presente sea aplicado a partir del 1.1.2017 con independencia de la publicación en el BOIB del texto definitivo del Convenio Colectivo", f. 1.202.

Sin constancia de haberse dado ninguna comunicación al respecto por parte de Ademi (vinculada a Febame) a Cegelec (ésta como uno de los 38 miembros de Ademi, fs. 1177 y 1178), ni al Grupo Vinci, cuyo representante de la compañía integrada "Vinci Energies España, SAU" era también propietario y administrador único de SPARK, f. 211; y sin reiterarse ese punto en la firma del Convenio realizada el 1/2/17, que acordaba dar cumplimiento a lo pactado desde la firma del Convenio, f. 1.154 (fs. 1.138 y ss., e Inspección de Trabajo, f. 575 ter), en que el nuevo artículo referido fue numerado como artículo 47 (que coincidió en su redacción con el publicado en el BOIB el día 8 de julio de 2017, f. 1167), señalando dicho Convenio entrar en vigor el 1/1/16 y ser su duración hasta el 31/12/19, (fs. 1162 y 1170 vto.), tuvieron lugar esas contrataciones por Spark señaladas desde finales de noviembre de 2.016, (f. 815).

VIII.- Concluida la concesión de la prórroga el 31/1/17, y firmado el nuevo Convenio el 01/02/2017, (f. 575 ter, y 1.907 vto.), el día 2/2/17, - encontrándose en trámites de depósito, registro y futura publicación en el BOIB, sin haberse presentado aún ante la Dirección General de Trabajo, Economía Social y Salud Laboral de la Consejería de Trabajo, Comercio e Industria - COBRA, - empresa que contaba con más de 2.000 trabajadores, siendo más de 300 en Baleares, fs. 1.055 y 447 -, firmó el modelo de carta que dirigió individualmente a 21 trabajadores de la plantilla afectados por la pérdida de los servicios de obras y mantenimiento de redes de MT/ BT, con el siguiente contenido, del que se informó el mismo día 02/02/2017 a 3 trabajadores y durante el día 03/02/2017 al resto, (f. 573 ter, y fs. 1066 y 1.067):

"Por medio de la presente venimos a comunicarle que, con fecha de efecto 5 de febrero de 2017, nuestra empresa dejará de prestar servicios obras y mantenimiento de las Redes de Distribución para el cliente Endesa en la zona de Mallorca Sur y Menorca, ello es debido a que en la pasada licitación nuestro cliente Endesa decidió adjudicar este servicio a la empresa Spark Ibérica SAU.

Los trabajadores de la plantilla, que prestaban el servicio antes dicho, tienen el derecho de subrogación contemplada en el artículo 47 del Convenio Colectivo del Metal de les Illes Balears para los años 2016 a 2019, y Vd. reúne los requisitos para ejercitar el mencionado derecho, es por ello que nuestra empresa se lo pone en conocimiento a Ud. y a la nueva empresa.

Nuestra empresa ha cumplido la obligación dispuesta en el mencionado artículo del Convenio, depositando su documentación laboral en la oficina principal de la empresa Spark Ibérica SAU en Baleares sita en el vial 3, nave 15 del polígono Industrial Son Llaüt de Santa María del Camí en Mallorca. Si bien, al parecer la ubicación del centro de trabajo donde se desarrollará la actividad de obras y mantenimiento de las Redes de Distribución, que hasta ahora veníamos prestando desde nuestra empresa para Endesa, está en calle Av. Talaiot, 7 -Polígono Poisan- 7710, Sant Lluís.

Los aspectos administrativos de gestión de su baja en Seguridad Social se realizarán el mismo día 5 de febrero de 2017 con el motivo de "subrogación", a la mayor brevedad posible, le transferiremos su liquidación de haberes a la cuenta en que percibía habitualmente su salario.

Sin otro particular...."

El mismo día 02/02/2017, (fs. 612 y ss.) la empresa COBRA, señalando su condición de empresa saliente de la contrata en la zona de Mallorca Sur y Menorca, notificó por burofax a Spark el personal que podía ejercer



el derecho de subrogación, "según lo dispuesto en el artículo 47 del Convenio Colectivo del Metal de Les Illes Balears para los años 2016 a 2019", relacionando lista de 21 trabajadores (fs. 1.118 y 612) - entre ellos los actores, y sin diferenciar con los que trabajaban en Mallorca Sur, (dos de los cuales, Sr. Pablo y Sr. Ricardo serían contratados por Spark, posteriormente, los días 22/3/17 y 14/6/17, respectivamente, f. 815); que fue contestado por Spark el día siguiente, día 3/2/17, informando no tener constancia de la publicación del Convenio que se refería, señalando, por el contrario, el anterior y la no previsión en éste de la subrogación, con queja de la proximidad temporal entre la fecha de la notificación y la fecha de la pretendida subrogación, comunicando por todo ello que no iba a proceder a la subrogación que se pretendía.

El mismo día 03/02/2017, Cobra remitió mediante notario la lista indiferenciada mencionada, juntamente, también sin distinción de trabajadores en Mallorca Sur y Menorca la documentación que en relación a los mismos consta en dicha acta, - f. 1120 y ss., que se da por reproducida, sin necesidad de transcripción -, que fue recibida por SPARK de la notaría ese mismo día, en el indicado vial 3, nave 15 del polígono Industrial Son Llaüt de Santa María del Camí en Mallorca, aceptando la documentación, mas sin prestar conformidad a la misma hasta que no hubiera podido proceder a la revisión de la misma.

Verificándose por Cobra la baja laboral de los demandantes en su empresa el día 5/2/17, (vidas laborales, fs. 244 y ss.), el día 06/02/2017, f. 574 ter, se personaron en ese domicilio señalado los 16 trabajadores relacionados que estaban en Mallorca, - y en el centro de trabajo indicado en la carta los 5 demandantes que se encontraban en Menorca f. 616 - para que se les diera ocupación, negándose a ello Spark, por lo que los demandantes solicitaron de Spark el 7/1/17, por escrito dirigido al domicilio indicado de Mallorca, que se les indicara la situación en la que se encontraban.

El día 8/02/2017, SPARK, contestó a Cobra, f. 619 - al igual que lo hiciera a los trabajadores aquí demandantes por escrito de 13/2/17, f. 622, después de que uno de los trabajadores de la lista formulara denuncia ante Inspección de Trabajo de Mallorca el día 8/2/17 - que una vez analizada la documentación se había podido comprobar que no concurrían los requisitos legalmente establecidos para la subrogación del personal referido en su comunicación de fecha 2 de febrero de 2017, por lo que no procedería a la subrogación del personal referido con fecha de efectos del 5 de febrero de 2017; lo que tuvo contestación por Cobra con fecha de 14/2/17, señalando entender que les habían remitido toda la documentación e información señalada en el art. 47.4 del Convenio, poniéndose no obstante a su disposición para aportación de la que considerasen oportuna para valorar el cumplimiento de los requisitos de la subrogación, f. 624.

IX.- Sin constar posteriormente más comunicaciones entre las empresas al respecto, los actores, - ninguno de los cuales, era representante de los trabajadores, excepto D. Nicanor , que era Delegado de personal (hecho conforme, antecedentes de hecho) -, en fecha de 10/2/17, fs. 10, 72, 113, 153 y 190) presentaron sendas papeletas de conciliación ante el TAMIB frente a las dos referidas empresas, que concluyó sin acuerdo el 17/2/17.

X.- Dña. Candida , cobradas las vacaciones retribuidas y no disfrutadas desde el 6/2/17 hasta el día 12/2/17 inclusive, pasó a cobrar prestación por desempleo desde el 13/2/17; D. Nicanor , cobradas las vacaciones retribuidas y no disfrutadas desde el 6/2/17 hasta el día 9/2/17 inclusive, pasó a cobrar prestación por desempleo desde el 10/2/17, causando alta en la empresa S. Coop. Insular Ganadera de Menorca desde el 3/5/17; D. Octavio , cobradas las vacaciones retribuidas y no disfrutadas desde el 6/2/17 hasta el día 24/2/17 inclusive, pasó a cobrar prestación por desempleo desde el 25/2/17. D. Oscar pasó a cobrar prestación por desempleo desde el 6/2/17, causando alta en la empresa Elecnor, S.A, desde el 2/5/17. Y Dña. Celsa , cobradas las vacaciones retribuidas y no disfrutadas desde el 6/2/17 hasta el día 13/2/17 inclusive, pasó a cobrar prestación por desempleo desde el 14/2/17, causando alta en la empresa Grup Atomic Menorca, S.L desde el 27/2/17. (respectivas vidas laborales, fs. 77 y ss.)

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

Que, ESTIMANDO parcialmente las demandas de despido interpuestas a instancia de D^a Candida , D. Nicanor , D. Oscar , D. Octavio y D^a Celsa , respectivamente, contra la empresa "Cobra Instalaciones y Servicios, S.A", y contra la empresa "Spark Ibérica, SAU", con absolución de esta última empresa "Spark Ibérica, SAU", debo DECLARAR y DECLARO improcedente el cese entendido efectuado a los actores por la empresa "Cobra Instalaciones y Servicios, S.A", el día 5 de febrero de 2.017. A la que, en consecuencia, debo CONDENAR y CONDENO a estar y pasar por esta declaración, y a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, opte entre readmitir a D^a Candida , D. Nicanor , D. Oscar , D. Octavio y D^a Celsa , en sus puestos de trabajo, o abonarles una indemnización cifrada en la cuantía de:

- 35.640 €, netos, a D^a Candida .

- 47.491,2 €, netos, a D. Oscar .



- 44.405,7 €, netos, a D. Octavio .
- 23.873,06 €, netos, a D^a Celsa .

Para el caso de D. Nicanor , ha de ser D. Nicanor el que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, opte entre la readmisión o que la empresa le abone 24.651 €, netos.

En el solo caso de optarse por la readmisión, - para los casos de D^a Candida , D. Oscar , D. Octavio y D^a Celsa -; y en todo caso para D. Nicanor , - cualquiera que sea la opción que tome éste de readmisión o indemnización -, la empresa condenada ha de abonar a los actores la de los salarios dejados de percibir, - a razón de 39,60 €, 73,04 €, 93,12 €, 87,07 € y 45,15 €, brutos diarios y en el respectivo orden de este fallo -, desde el 6-2-2017 hasta la fecha de la notificación de la presente sentencia, ambos inclusive. Y ello sin perjuicio de las compensaciones que puedan proceder conforme a lo señalado en el f. j. quinto, por los días que los actores pudieran haber trabajado por ese periodo -.

TERCERO.- Contra dicha resolución se anunció recurso de suplicación por la representación de la empresa "Cobra Instalaciones y Servicios S.A"., que posteriormente formalizó y que fue impugnado por las representaciones de la parte actora y empresa "Spark Ibérica, SAU".

CUARTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 19 de julio de 2019, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . La representación procesal de la entidad Cobra Instalaciones y Servicios S.A. interpone recurso de suplicación contra la sentencia dictada en fecha 23 de mayo de 2018 por el Juzgado de lo Social de Ciutadella de Menorca, fundamentado su recurso al amparo del artículo 193 b) y c) LRJS . Se interpone impugnación del mismo por la entidad Spark Iberica S.A.U. y la representación de los demandantes.

La modificación de los hechos probados en el recurso de suplicación (Art. 193.b) LRJS), el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de precisar en diversas ocasiones los criterios para la constatación del alegado error en la valoración de la prueba, atendida la ya mencionada naturaleza extraordinaria del recurso. En relación a esta cuestión, la STS de 5 de junio de 2.011 (Recurso: 158/2010), reiterando doctrina, determinó los requisitos necesarios que han de concurrir para dar lugar a la revisión de hechos probados:

- 1º.- Que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.
- 2º.- Que se citen concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara.
- 3º.- Que se precisen los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento;
- 4º.- Que tal variación tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (entre las últimas, SSTS 17/01/11-rco 75/10 -; 18/01/11-rco 98/09 -; y 20/01/11-rco 93/10 -).

En el presente caso, la representación de la entidad Cobra Instalaciones y Servicios S.A solicita la revisión del hecho probado séptimo de la sentencia, interesando la supresión del párrafo. Los motivos que se alegan para la supresión de párrafo son, a entender del recurrente, que dichas afirmaciones prejuzgan el sentido del fallo dado que dicho apartado se manifiesta que a su entender, esta parte Cobra que podría haber acreditado, por tener más fácil a su alcance, el probar que de alguna manera la empresa demandada Spark Ibérica SAU tuviese conocimiento del acuerdo firmado en fecha 12.1.2017. Reitera que se prejuzga el fallo e incide en que dicha circunstancia es el elemento más relevante sobre el que se sustenta el sentido de la resolución, pues se imputa a esta parte realizar una actividad probatoria que caería en lo que la praxis forense llama prueba diabólica e imposible, dado que difícilmente se puede demostrar lo indemostrable, y menos aún si Spark tuvo conocimiento de la firma del preacuerdo y lo niega al objeto de que ello le beneficie desde el punto de vista de su estrategia procesal. En caso de ser estimada su pretensión se pretende la adición del contenido del artículo 4 del Convenio colectivo del Sector del Metal de las Illes Balears publicado en el BOIB el 8 de julio de 2017.

Respecto la supresión de hecho probados que se interesa por la recurrente se opone la parte impugnante, representación de Spark Ibérica S.A.U, alegando, en esencia que no se alberga predeterminación de fallo alguna en el párrafo que se pretende suprimir por el recurrente. Añade, además, no ser cierto que sentido de la sentencia radique en el hecho tal como lo menciona el recurrente, exponiendo en los que a su entender se basa.



La representación de los demandantes impugna la supresión del hecho probado interesada considerando que no se alberga error de ningún tipo, ni valoración equivocada de la prueba por el juzgador a quo.

A tenor de la argumentación esgrimida por el recurrente, no se observa por la sala ningún tipo de predeterminación del fallo, ni que se haya impuesto, con tal redacción y fijación del hecho probado, una carga de prueba que pueda conceptuarse como diabólica, dado que el juzgador a quo se limita a reflejar la constancia del hecho, que conforme a la valoración de la prueba el mismo determina como probado, sin vincular ello directamente a la codemandada Cobra Instalaciones y Servicios S.A. pues el hecho reflejado y declarado probado no determina más que la constatación de un hecho, no siendo, en su caso, obligado ni requerido el codemandado para que acredite tal en sentido negativo, pues es en relación a un tercero que el juzgador a quo considera, valora y razona en el sentido expuesto en el hecho probado en cuestión.

En segundo lugar, la parte recurrente interesa la adición de un nuevo hecho probado, el undécimo, proponiendo el siguiente tenor literal: " *El día 12 de enero de 2017, la representación de las empresas del sector del metal de la Illes Balears y la de su patronal acordaron y suscribieron el texto del Convenio Colectivo de trabajo. El día 6 de febrero de ese mismo año, el Sr. Juan Antonio Marimón Pizá, en representación de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo, solicitó el registro, el depósito y la publicación del citado Convenio.*". Ampara tal adición en el documento número 43 de la parte actora, Convenio Colectivo del metal publicado en el BOIB en fecha 8 de julio de 2017.

La parte impugnante considera intrascendente la adición pues el convenio colectivo vigente en noviembre de 2016 era el del año 2015, careciendo, a su entender, de relevancia la adición del citado hecho probado.

El juzgador, si bien es cierto que no ha incluido el hecho probado que se trata de adicionar entre los hechos probados de la sentencia recurrida, no menos cierto es que si se ha tenido en cuenta en su resolución lo que en el Convenio Colectivo dispone.

Sin perjuicio de su trascendencia se admite la adición de un hecho undécimo en los mismos términos indicados.

SEGUNDO . El segundo de los motivos del recurso de suplicación se articula por la vía del artículo 193 c) LRJS se denuncia la indebida aplicación de la legislación vigente y jurisprudencia aplicable, a pesar de que en el recurso de suplicación se indicó como primer motivo.

La representación de la parte recurrente considera infringidos los arts. 4 y 72 del Convenio Colectivo del Sector del Metal de las illes Balears, del art. 82. 3 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores , y del artículo 37.1 de la Constitución Española .

El recurrente considera que el juzgador a quo yerra el enfoque cuando, lejos de proteger la estabilidad en el empleo, lo que valora es si Spark, conocía o no de la obligación de subrogación cuando concurrió a la licitación. Refiere que ello es tanto como decir que se priva a los trabajadores demandantes de su derecho a la estabilidad en el empleo por el sólo hecho de que Endesa no hizo constar en el pliego de condiciones técnicas de la contratación la posibilidad de subrogación de acuerdo con lo que se estaba negociando en el Convenio Colectivo.

Alega que si la empresa que finalmente resultó adjudicataria del servicio se vio sorprendida a posteriori por una obligación de subrogación, que no contemplaba al momento de presentarse a la licitación, podría conllevar que Spark pueda plantearse exigir un sobreprecio o una indemnización de daños y perjuicios a la empresa ofertante.

Considera la representación de la entidad Cobra S.A. que a su juicio es erróneo determinar que la fecha en la que se debía valorar si resultaba o no de aplicación la subrogación convencional prevista en el Convenio Colectivo, y, en consecuencia, valorar la fecha de finalización de la contrata por parte de Cobra era la de 1.11.2016 y no la de 31.1.2017, fecha de finalización de los trabajos por parte de Cobra.

Incide, que entiende importante determinar desde qué fecha eran exigibles las previsiones del Convenio Colectivo de Baleares para el periodo 2016-2019.

Por ello denuncia la infracción de los artículos 4 y 72 del Convenio Colectivo del Sector del Metal de las Illes Balears , del art. 82.3 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores , y del artículo 37.1 de la Constitución Española .

Alega la efectividad del Convenio desde su firma, en este caso el 12.1.2017, pues así lo recoge el artículo 72 del mismo, sin perjuicio de su vigencia, que se retrotrae al 1.1.2016, no compartiendo el razonamiento del Juzgador de instancia quien entiende que "ninguna obligación convencional o derecho convencional regía al



respecto", cuando finalizó la prórroga de la contrata el 31.1.2017. Considera erróneo fijar la fecha de entrada en vigor del Convenio Colectivo a día 1.2.2017, cuando, el propio convenio como señalan se firmó el 12.1.2017.

Añade a su argumentación que Spark tenía conocimiento del contenido del Convenio Colectivo al momento de la finalización de la contrata, de la obligación de subrogación convencional prevista en el artículo 47 del Convenio. Ello en base a determinadas presunciones expuestas del contenido de las contestaciones a los burofaxes enviado desde la entidad Cobra a Spark.

Frente a ello se alza la representación de la entidad Spark manifestando que no pueda entenderse que, por ende, tengan conocimiento de la firma del nuevo Convenio Colectivo de les Illes Balears a la vista del contenido y hechos probados declarados por el juzgador a quo.

En definitiva, manifiesta que la entidad Spark entra en el servicio en los meses finales del 2016 y a esa fecha ni tan siquiera estaba firmado el preacuerdo del nuevo convenio colectivo, que se firmó en fecha 12 de enero de 2017 por lo que es de aplicación el Convenio Colectivo del Sector Metal de las Islas Baleares 2011/2015, pues reitera la hipotética fecha de subrogación hubiera sido diciembre de 2016 y no 1 de enero del 2017. Añade que la aceptación de la retroactividad supondría una vulneración del principio de legalidad.

Por todo ello, siendo que Spark inició la prestación de servicios desde el momento de la adjudicación del contrato de MTBT, siendo ésta una fecha muy anterior a la publicación y, en todo caso, a la firma del Convenio Colectivo, como dispone el Magistrado de Instancia, el presente motivo debe ser igualmente desestimado, al no ser de aplicación al presente supuesto el artículo 47 del Convenio Colectivo del Metal de les Illes Balears (2016-2019).

La cuestión jurídica objeto de controversia radica en si es o no aplicable el Convenio del Metal firmado en fecha 12 de enero de 2017, y en concreto, la subrogación convencional introducida en el precepto del mismo.

En tal sentido, sin perjuicio de los argumentos esgrimidos por la parte recurrente hemos de adelantar que se comparten los razonamientos efectuados por el juzgador a quo.

Es un hecho probado que la concesión de la licitación a favor de Spark S.A. se le comunicó en fecha 19 de octubre de 2016, tras firma de contrato marco con EDE de fecha 1 de noviembre de 2016 y que tras constituirse el aval respectivo, en fecha 3 de diciembre de 2016, por la entidad Spark comenzaron a prestarse los servicios independientemente de que Cobra continuase en virtud de prórroga hasta el día 31 de enero de 2017 .

Respecto esta prórroga, se ha de precisar que la misma se lleva a cabo por EDE, sin que pueda considerarse una nueva adjudicación, sino prórroga libremente aceptada por Cobra S.A. desconociéndose el sustrato de la misma, mas allá de lo expresado en la referida comunicación atendiendo la misma a una eventual transición de forma eficaz y ordenada.

El Convenio colectivo vigente en el momento de la licitación a favor de Spark es el de del año 2015, no conteniendo disposición alguna respecto la subrogación, siendo el que se pretende aplicar firmado en fecha 12 de enero de 2017, y publicado en el BOIB en fecha 8 de julio de 2017.

En virtud de los elementos fácticos concurrentes en el momento de la licitación y comienzo de prestación de servicios por la entidad Spark, la normativa vigente que regía las relaciones era el Convenio de Metal vigente, es decir, a fecha de 11 de noviembre, no siendo otro que el Convenio del Metal de publicado en el BOIB de 20 de febrero de 2014. No ha lugar a entender y pretender que el Convenio Colectivo posterior sea aplicable con los efectos pretendidos por cuanto del mismo no se llega a tal conclusión.

Por ello, como del mismo Convenio se infiere las partes firmantes del mismo acuerdan que deviene vinculante y obligatorio para los comprendidos en el mismo desde la fecha que acuerden. La misma conforme al artículo " 72. *Cláusula final.* - *Se acuerda dar cumplimiento de lo pactado a partir de la firma del presente Convenio colectivo* ", es decir a partir del 12 de enero 2017, si bien las relaciones se determinaron en fecha 11 de noviembre, no concurriendo la interpretación que realiza la recurrente en base a que cesa la prórroga en fecha 31 de enero y por ello debe subrogarse.

Añadir que el hecho de la prórroga indicada no altera en nada las condiciones y circunstancias de la licitación, siendo Spark extraña a la misma, dado que desde diciembre desempeñaba de modo efectivo los servicios adjudicados previamente, como indicamos, del contrato marco con EDE de fecha 1 de noviembre y aval de fecha 11 de noviembre.

En relación a la cuestión de si o no Spark conocía la existencia del nuevo Convenio Colectivo y sus comisión negociadora, no es una cuestión que halla de ser objeto de debate como motivo de censura jurídica, pues la misma ha quedado determinada en el hecho probado séptimo, no siendo pertinente a través de las presunciones expuestas en el recurso, contestaciones a comunicaciones entre las partes, tratar de modificar



tal hecho, pues reiteramos, ello ha quedado determinado en el hecho probado séptimo, el no conocimiento del mismo en el momento indicado.

En consecuencia, con lo expuesto se desestima el motivo de censura jurídica, compartiendo la sala los razonamientos esgrimidos y desarrollados por el juzgador a quo.

TERCERO . La entidad mercantil Cobra S.A. en su recurso de suplicación, articula otro motivo de censura por la vía del artículo 193 c) LRJS denuncia la infracción del art. 44 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores , así como la doctrina jurisprudencial y comunitaria sobre la sucesión de plantillas, y de la gestión de servicios de equipamiento.

Solicita el recurrente la estimación de este recurso, sobre la base de la existencia de una clara sucesión de plantillas.

Considera relevante para valorar la subrogación por sucesión de plantillas que defiende, el que Spark contratara a trabajadores, a su entender, claves de la estructura que tenía Cobra en Menorca, dejando sin contratar precisamente los demandantes con la categoría de operarios y servicios administrativos, como refiere consta del penúltimo párrafo del hecho probado quinto

Destaca el hecho de la necesaria formación que deben contar estos empleados, tanto a nivel de conocimiento de la actividad como en materia de prevención de riesgos laborales, formación que se traduce en la necesaria habilitación para el servicio que les exige la empresa contratista, Endesa Distribución SL, al objeto de llevar a cabo el servicio.

Alega la doctrina contenida en las sentencias del TJUE, asuntos Aira Pascual y Securitas citadas, y la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 19.9.2017 (recud. 26122629,2650 y 2832, todos del 2016), en los que se ha estimado la sucesión legal, o la que describe y regula el art. 44 del TRLET .

Reitera que no alberga dudas, en su opinión, es que la actividad objeto del contrato consistía esencialmente, en el mantenimiento y ejecución de obra nueva en redes de distribución MT/BT, por tanto lo que se transmitía no era otra cosa que la gestión del servicio de mantenimiento de la Red Eléctrica, para Menorca y Mallorca, cuya titularidad corresponde a la empresa principal Endesa Distribución S.L.

Por tanto, manifiesta que todo ello debe llevar a una sola conclusión, pues ninguna relevancia puede tener ni la supuesta inversión a la que se comprometió la nueva adjudicataria, Spark, ni tampoco a que hubiere o no sucesión plantillas, y ésta no es otra, que estamos ante una transmisión empresarial en lo que se transmitió no es otra cosa que una entidad económica que mantuvo su identidad, y por ello, es de aplicación el artículo 44 del TRLET , y el artículo 1, Apartado 1. I.b) de la Directiva 2001/23

La parte impugnante, por el contrario rechaza tales alegaciones, dado que no se ha producido una transmisión de una unidad productiva autónoma, y que el contrato debe considerarse como único pues engloba las áreas de Mallorca y Menorca,

Manifiesta que la actividad es por todos conocida que sin la inversión realizada por Spark en su día no se puede llevar a cabo. Además, no se produjo ninguna transmisión de bienes materiales ni se adquirieron bienes de Cobra. Por lo tanto, Spark tuvo que efectuar una importante inversión para realizar la actividad tal y como se expone en la Sentencia de instancia.

Añade que debe tenerse en cuenta para determinar que no se ha producido subrogación es que el funcionamiento y la organización del contrato planteada por Cobra y Spark es distinta y no se produjo, como bien señala la Sentencia, la contratación de personal clave.

Admite la entidad Spark que a partir de fecha 19 de diciembre de 2016 se llevan a cabo contrataciones de trabajadores que proceden de Cobra S.A. (9 trabajadores), la contrata no está formada fundamentalmente por la aportación de mano de obra: el servicio contratado, exige aportar organización empresarial e importantes activos que estos suponen tanto materiales como inmateriales pero además todo un conjunto de departamentos de apoyo para gestionar cuestiones vinculadas al servicios tales como averías etc.

El objeto de debate se centra en determinar, como se interesa por el recurrente, si nos hallamos o no ante una sucesión de plantillas y transmisión de empresa, que por ende determinaría, a su entender, que concurra una sucesión empresarial de conformidad al artículo 44.

Si bien, con carácter previo se ha de especificar y concretar en relación con las demás circunstancias fácticas concurrente si estamos ante una actividad que recae en esencia sobre la mano de obra.

En tal sentido no se comparte el análisis efectuado por el recurrente, y si por el contrario por el juzgador a quo, y que en el párrafo octavo del fundamento de derecho cuarto explicita, añadiendo que observado del



hecho probado quinto, se destaca no solo los elementos materiales necesarios para las ejecuciones de sus servicios, vehículos de transporte y de trabajo, además de almacenes y demás puntos logísticos que fueren necesario para el desempeño del mismo. Destacar como bien se dice en la sentencia de instancia que no se recibe elemento patrimonial material alguno de la anterior contrata. Ello conlleva que necesariamente para poder desempeñar las funciones propias de licitación adjudicada fuera necesario llevar a cabo la formación de estructura empresarial que parte de no solo del personal sino de los elementos materiales necesarios para el desempeño de la misma.

Por ello, como se cuantifica en la resolución se llevó a cabo un desembolso de 1.142.433 euros en tal sentido, elementos materiales, y 320.000 euros en personal. A sensu contrario, podemos concluir que nos hallamos ante una actividad que en esencia no recaía en mano de obra.

Se ha de añadir, que desde el mes de diciembre tras el contrato marco con EDE el 1 de noviembre y prestación de aval el 11 de noviembre, en el mes de diciembre de 2016 la entidad Spark comenzó a desarrollar los servicios y prestaciones propias de su licitación, independientemente de la prórroga, que reiteramos era extraña a la entidad Spark, conllevando ello que las dos entidades en paralelo con los medios materiales y personales, necesarios y pertinentes, llevaron a cabo las funciones propias tanto de la adjudicación como de la prórroga, siendo contradictoria la apreciación de sucesión empresarial si ambas han coexistido.

En relación a la plantilla, solo se ha contrato por la entidad Spark un número de 16 trabajadores del total de la plantilla de los centros que son objeto de la licitación, es decir, menos de un tercio de la misma, no siendo ello un hecho relevante, ni tan siquiera por la mención que se realiza de la cualificación o carácter cualitativo de alguno de los contratados, pues ello también obsta el análisis si tales condiciones se exigían en un momento inicial. Es decir, alega el recurrente que además de por mantener la estructura, por el hecho de que EDE exigiera necesaria formación que conlleva habilitación que se exige a la contratista para desempeño servicios. Si bien, ello resulta también contradictorio, pues si los mismo fueron contratados en diciembre y enero, y se debía de estar dando cumplimiento a tal premisa desde el inicio de la prestación de servicios, no acreditándose tal cualidad esencial, ya que las funciones de la licitación se presumen se iban desempeñando. Por el contrario, tales elementos personales presuntamente cualitativos no concurrirían en Cobra y seguiría en la prórroga de su contrato.

Además, no podemos obviar que la nueva adjudicataria, así como la anterior, también es una empresa del sector con amplios conocimiento y experiencia en la materia, que determina la irrelevancia, o cuanto menos no esencialidad del carácter cualitativo de alguno de los empleados contratados, dada sus estructuras.

Como se establece en la Sentencia del TJUE de fecha 19 de octubre de 2017, Caso Securitas " ... Para determinar si concurre efectivamente este requisito, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión , entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Estos elementos deben apreciarse en el marco de una evaluación de conjunto de las circunstancias del caso y, por lo tanto, no pueden apreciarse aisladamente (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de noviembre de 2015, Aira Pascual y Algeposa Terminales Ferroviarios, C509/14 , EU:C:2015:781 , apartado 32 y jurisprudencia citada).".

En consecuencia, analizadas las circunstancias siendo un número menor y no de trascendencia cualitativa, que la actividad como se ha determinado no descansa en la mano de obra siendo necesaria concurrencia de elementos materiales importantes, no concurre transmisión patrimonial alguna, ni tampoco, en consecuencia, ningún conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio. Por ello, se comparte el razonamiento del juzgador a quo, no observando la concurrencia de sucesión empresarial conforme al artículo 44 ET .

En consecuencia, se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la entidad mercantil.

FALLAMOS

SE DESESTIMA el Recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "Cobra Instalaciones y Servicios S.A"., contra la sentencia nº 72/2018 de fecha 23/05/2018, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Ciutadella de Menorca, en sus autos demanda número 64/2017, acumulados 65/17, 66/17, 67/17 y 68/17, en materia de sucesión de empresas, seguidos a instancia de D^a Candida , D. Nicanor , D. Octavio , D. Oscar y D^a Celsa , frente a la entidad recurrente y la empresa "Spark Ibérica, SAU", y **SE CONFIRMA** la sentencia recurrida.



Una vez firme la presente resolución se decreta la pérdida del depósito de 300 euros constituidos para recurrir.

Se determina el importe de las costas a favor de la letrada D^a María del Pilar Baltar Fillol y del Graduado Social D. Luis Salgado Saborido ambos impugnantes en la cantidad de 726 euros (IVA INCLUIDO) para cada uno a cuyo pago se condena a la entidad recurrente.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA** ante la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por abogado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes al de su notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos **218 y 220** y cuya forma y contenido deberá adecuarse a los requisitos determinados en el artº. **221** y con las prevenciones determinadas en los artículos **229 y 230** de la **Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social** .

Además si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en el **Santander** (antes Banco Español de Crédito, S.A.(BANESTO), Sucursal de Palma de Mallorca, **cuenta número0446-0000-65-0354-18** a nombre de esta Sala el **importe de la condena** o bien aval bancario indefinido pagadero al primer requerimiento, en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al número de cuenta de **Santander (antes Banesto: 0049-3569-92-0005001274, IBAN ES55)** y en el campo "Beneficiario" introducir los dígitos de la cuenta expediente referida en el párrafo precedente, haciendo constar el órgano "Sala de lo Social TSJ Baleares".

Conforme determina el artículo 229 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social , el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregando en esta Secretaría al tiempo de preparar el recurso la consignación de **un depósito de 600 euros** , que deberá ingresar en la entidad bancaria **Santander** (antes Banco Español de Crédito, S.A. (BANESTO), sucursal de la calle Jaime III de Palma de Mallorca, cuenta número **0446-0000-66-0354-18** .

Conforme determina el artículo 229 de la LRJS , están exentos de constituir estos depósitos los trabajadores, causahabientes suyos o beneficiarios del régimen público de la Seguridad social, e igualmente el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

En materia de Seguridad Social y conforme determina el artículo 230 LRJS se aplicarán las siguientes reglas:

- a) Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, para que pueda recurrir el condenado al pago de dicha prestación será necesario que haya ingresado en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, con objeto de abonarla a los beneficiarios durante la sustanciación del recurso, presentando el oportuno resguardo. El mismo ingreso de deberá efectuar el declarado responsable del recargo por falta de medidas de seguridad, en cuanto al porcentaje que haya sido reconocido por primera vez en vía judicial y respecto de las pensiones causadas hasta ese momento, previa fijación por la Tesorería General de la Seguridad social del capital costa o importe del recargo correspondiente.
- b) Si en la sentencia se condenara a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, ésta quedará exenta del ingreso si bien deberá presentar certificación acreditativa del pago de la prestación conforme determina el precepto.
- c) Cuando la condena se refiera a mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, el condenado o declarado responsable vendrá obligado a efectuar la consignación o aseguramiento de la condena en la forma establecida en el artículo 230.1.



Conforme determina el art. 230.3 LRJS los anteriores requisitos de consignación y aseguramiento de la condena deben justificarse, junto con la constituir del depósito necesario para recurrir en su caso, en el momento de la preparación del recurso de casación o hasta la expiración de dicho plazo, aportando el oportuno justificante. Todo ello bajo apercibimiento que, de no verificarlo, podrá tenerse por no preparado dicho recurso de casación.

Guárdese el original de esta sentencia en el libro correspondiente y líbrese testimonio para su unión al Rollo de Sala, y firme que sea, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia junto con certificación de la presente sentencia y archívense las presentes actuaciones.

Así por ésta nuestra sentencia nº 251/2019, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACION. - Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de la fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado - Ponente que la suscribe, estando celebrando audiencia pública y es notificada a las partes, quedando su original en el Libro de Sentencias y copia testimoniada en el Rollo.- Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ