



Roj: **STSJ AND 19376/2019 - ECLI:ES:TSJAND:2019:19376**

Id Cendoj: **29067340012019101983**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **06/11/2019**

Nº de Recurso: **1044/2019**

Nº de Resolución: **1848/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAMON GOMEZ RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN

MALAGA

N.I.G.: 2906734420191000153

Negociado: **PC**

Recurso: Recursos de Suplicación 1044/2019

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº1 DE MELILLA

Procedimiento origen: Despidos 43/2016

Recurrente: EULEN S.A.

Representante: ALBERTO JOSE REQUENA POU

Recurrido: Juan María y SUNKATEL S.L.

Representante: LUIS MIGUEL SANCHEZ CHOLBI y JOSE VICENTE MORENO SANCHEZ

Sentencia Nº 1848/2019

ILTMO. SR. D. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. RAMON GOMEZ RUIZ,

ILTMO. SR. D. RAUL PAEZ ESCAMEZ

En la ciudad de MALAGA a seis de noviembre de dos mil diecinueve

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA, , compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el Recursos de Suplicación interpuesto por EULEN S.A. contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº1 DE MELILLA, ha sido ponente el **Ilmo./Ilma Sr. /Sra D. / RAMON GOMEZ RUIZ.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Juan María sobre Despidos siendo demandado EULEN S.A. y SUNKATEL S.L. habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 14/05/2017 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.



SEGUNDO.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- El actor, Juan María, ha prestado sus servicios profesionales para la empresa Eulen, SA en virtud de relación laboral indefinida con la categoría de Oficial 1* de Mantenimiento, jornada de 38 horas semanales, antigüedad de 1- 10-08, y salario diario de 44,19 euros.

- Relación laboral que se inicia en la fecha indicada mediante contrato de duración determinada a tiempo parcial. Figurando conversión de contrato temporal en contrato indefinido a tiempo completo en fecha de 31 de Marzo de 2009, en cuyo anexo se contempla como objeto: "realizar tareas de mantenimiento en distintos acuartelamientos de Melilla 92 h/ mensuales, islas y peñones dependientes de la Comgemel 60/ h mensuales y esfera 12 boros mensuales"

- En fecha de 1 de Febrero de 2013 el actor suscribe con Eulen acuerdo - doc. 3 ramo de prueba de Sunkatel, cuyo contenido doy por reproducido- y del que destaco:

- En fecha de 1 de Septiembre de 2015 el demandante y la entidad Eulen, SA. suscriben novación de contrato por la que se aumenta la jornada del actor en 38 horas semanales, prestando servicios para dicha mercantil simultáneamente en las instalaciones del Aeropuerto de esta ciudad, y percibiendo remuneración durante todas las mensualidades del ejercicio 2015.

SEGUNDO.- Mediante escrito datado en fecha de 29 de Diciembre de 2015, la empresa Eulen, S A., remite al actor la siguiente comunicación:

" Estimado Sr

Por medio del presente escrito ponemos en su conocimiento que el próximo día 31 de Diciembre de 2015 finalizará el contrato de prestación de servicios entre la COMANDANCIA GENERAL DE MELILLA (COMGEMEL) Y EULEN, SA., referente al servicio de Mantenimiento Integral en Islas y Peñones soberanía nacional dependientes de la COMGEMEL de Melilla, servicio en el que usted viene desempeñando su trabajo en jornada laboral de 20 horas semanales.

Así mismo le informamos que mencionado servicio ha sido adjudicado a la empresa SUNKATEL, S.L. Por todo ello, y en cumplimiento de la legislación vigente, y de conformidad con lo establecido en el artículo 20 del Convenio Colectivo del Sector Siderometalurgia de la Ciudad de Melilla, le informamos que, a partir del próximo 01 de Enero de 2016, usted pasará a depender laboralmente de la empresa SUNKATEL, S.L., quien se subrogará en sus condiciones laborales a razón de 20 horas semanales, todo ello en virtud de su derecho a la subrogación legal establecido en el precepto legal arriba indicado.

Quedando a su disposición para cualquier consulta o aclaración, aprovechamos la ocasión para agradecerle los servicios prestados, indicándole que al término de su prestación, en el servicio arriba indicado, le haremos llegar la liquidación por usted devengada.

Sin otro particular, y con el ruego de que firme la copia del original en señal de haber recibido ésta, le saludamos atentamente."

TERCERO.- Resta indicar lo siguiente:

A) Adjunto a oficio de la Comandancia General de Melilla de 19 de Agosto de 2017- cuyo contenido doy por íntegramente reproducido- figura unido relación de manifiesto de vuelos a las islas y peñones de soberanía del personal de Eulen, incluido el actor, durante los años 2012 a 2015. En concreto en 2015, respecto del mismo se reseñan los siguientes desplazamientos:

Enero: Ninguno.

Febrero: Ninguno.

Marzo: El día 9 ida, y vuelta el 12 - Melilla/ Velez-.

Abril: Ninguna.

Mayo: Día 12 ida, vuelta el 15 - Melilla-Vélez-/19 ida y vuelta - Melilla/ Chafarinas-

Junio: Ninguno

Julio: El día 14 ida, y vuelta el 17 - Melilla/Chafarinas-

Agosto: El día 11, y vuelta 14 - Melilla/ Chafarinas-; 18 ida y vuelta Chafarinas; 19 ida y vuelta Alhucemas - Velez- Melilla-

Septiembre: Día 7, ida y vuelta el 10. - Melilla/Alhucemas-



Octubre: Día 13 ida y vuelta 16 (Melilla -Alhucemas)

Noviembre: El día 4 ida y vuelta. Día 10 ida y vuelta el 13 (Melilla/ Alhucemas)

Diciembre: Día 9 ida y vuelta el 11 a Alhucemas.

B) Igualmente unido a dicho oficio figura expediente de contratación número NUM000 de mantenimiento integral de islas y peñones correspondiente al año 2015.)

-En el mismo figura resolución adjudicando el contrato correspondiente al expediente referido a la empresa EULEN para el año 2015.

C) Mediante el oficio reseñado se adjunta así mismo expediente de contratación número NUM001 de mantenimiento integral de islas y peñones correspondiente al año 2016.

-En el pliego de condiciones técnicas, en apartado objeto se indica " *el objeto del presente pliego es determinar las especificaciones técnicas y las condiciones en el marco de las cuales el contratista adjudicatario deberá desarrollar los trabajos de mantenimiento integral de las instalaciones de frío industrial, instalaciones de gas, instalaciones eléctricas, fontanería y agua, aljibes y grupos de presión y grúas y puntales de carga existentes en cada una de las islas o peñones, las acciones a reaüspr sobre los mismos y su periodicidad y las condiciones de ejecución. En el apartado útiles, herramientas y maquinaria se reseña " la empresa adjudicataria dispondrá de los útiles, herramientas y maquinaria que sean necesarias para el mantenimiento preventivo y correctivo, en su caso, de las distintas instalaciones. También dispondrán de los medios y equipos para el mantenimiento preventivo y correctivo, en su caso de las distintas instalaciones. También dispondrán de los medios y equipos para el movimiento e izado de materiales. Todos ellos serán de cuenta de la misma. En el apartado de personal a subrogar figura una lista de once trabajadores, incluido el actor.*

-En acta número NUM002 - folio 154 expediente 2016- se constata que la propuesta de adjudicación que la mesa de contratación realiza al órgano de contratación es la correspondiente a la empresa Sunkatel. Figurando que en dicho acto se comunica al representante asistente de Eulen, S.A., la finalización de plazo a las 00.00 h día 5 de diciembre de 2015 para efectuar reclamaciones reservas.

-Mediante oficio de 10 de Diciembre de 2015 se eleva la propuesta de adjudicación a favor de la empresa Sunkatel, en relación con el expediente referenciado. En resolución de 18 de Diciembre de 2015 se adjudica el contrato correspondiente al expediente a la empresa Sunkatel.

-A través de oficio de fecha 18 de diciembre de 2015, la Comandancia General de Melilla comunica a la empresa Eulen, SA, que una vez concluida la licitación del expediente de contratación en relación con el mantenimiento integral en islas y peñones de soberanía nacional, año 2016, ha sido adjudicado a la empresa Sunkatel, S.L, por ser ésta oferta económicamente la más ventajosa, figurando recepcionada la comunicación postal el 22-12-15.

D)En fecha de 30 de Diciembre de 2015 la empresa Eulen, SA., dirige correo electrónico y burofax Sunkatel, S.L - doc 5 y 6 ramo prueba de Eulen, cuyo contenido doy por reproducido- conteniendo relación " de conformidad con lo establecido en el art.20 del Convenio Colectivo del Sector Siderometalúrgica de la Ciudad de Melilla, y conforme a la relación de trabajadores y jornada, establecidos en el Pliego de Condiciones para la licitación del servicio" figurando copia de dicha comunicación suscrita por el Sr. Edmundo - doc.7 del mismo ramo probatorio-

E) En fecha de 22 de Octubre de 2015 Aena y Eulen suscriben contrato de servicio de mantenimiento general del aeropuerto de Melilla. En el mismo se prevé plazo de ejecución de 1 año a partir del 1 de diciembre de 2015.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandada (EULEN S.A.), recurso que formalizó siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. El actor ha venido prestando sus servicios indefinidos para la empresa codemandada Eulen S.A. adscrito a los acuartelamientos sitios en islas y peñones, en virtud de la contrata que le fue adjudicada a la empleadora por la Comandancia General de Melilla.

Finalizada la contrata y adjudicada a la empresa Sunkatel S.L., Eulen S.A. comunicó al actor con fecha 29/12/2015 que a partir de primeros del año siguiente quedaba extinguido su contrato de trabajo para pasar a depender de la empresa demandada Sunkatel S.L.



Como quiera que Sunkatel S.L. no se subrogó como nuevo empresario del actor, éste interpone demanda por despido, el cual es calificado por el Magistrado *a quo* como improcedente y condenando a sus resultas a Eulen S.A.

Frente a dicha sentencia se alza Eulen S.A. mediante el presente recurso de suplicación, articulando, sin interesar la revisión de los hechos probados, un único motivo de censura jurídica en el que denuncia la infracción del art. 20 del Convenio colectivo aplicable, a fin de que, revocada la de instancia, resulte excluido de las resultas del despido improcedente del actor y se le impute a la empresa codemandada Sunkatel S.L.

El recurso ha sido impugnado por Sunkatel S.L. y el trabajador, que han solicitado su desestimación y la confirmación de la sentencia combatida.

SEGUNDO : La cuestión planteada en el presente Recurso de Suplicación ya ha sido analizada y resuelta por esta Sala, en las sentencias de la Sala, entre otras, recaídas en Recursos de Suplicación nº 1.998/18 y 2.372/2018, citadas por las partes recurridas, debiendo seguirse el criterio establecido al no haber motivos para cambiarlo, y por razones de seguridad jurídica, unidad doctrinal e igualdad en la aplicación de la ley.

En la la sentencia de la Sala recaída en Recurso de Suplicación nº 1.998/18 se razona que "denuncia la parte recurrente la infracción del artículo 20 del Convenio Colectivo de siderometalurgia de Melilla por considerar que la nueva empresa adjudicataria Sunkatel S.L. debió subrogarse como nueva empleadora del actor al hacerse cargo del servicio de mantenimiento integral en las islas y peñones de soberanía nacional En apoyo de sus tesis y para discutir que el trabajador prestara servicios para Eulen S.L. en tareas distintas del servicio adjudicado, razona que viajaba a Alhucemas de acuerdo con las disponibilidades de vuelos por parte de la Comandancia General de Melilla, de modo que cuando no había vuelos programados, los trabajadores adscritos se veían imposibilitados, por razones que les eran ajenas, a prestar sus servicios en las islas y peñones. Pero sea como fuera, el trabajador viajaba una vez al mes de martes a viernes, de donde extrae la recurrente la conclusión de que en realidad trabajaba de manera ininterrumpida 20 horas al mes (16 horas del martes, 24 horas del miércoles y jueves y 16 horas del viernes).

Es cierto que el artículo 20 de la citada norma convencional prevé la "*sucesión de empresas (subrogación)*" cuando el trabajador hubiera venido desarrollando su jornada en un determinado centro o contrata y siempre que acrediten una antigüedad real mínima de cuatro meses anteriores a la fecha de la subrogación. Este último requisito temporal no es puesto en tela de juicio por las partes, centrándose el núcleo de la discrepancia en el hecho de que el trabajador, en opinión del Magistrado, cuya tesis es seguida en los escritos de impugnación, además de prestar servicios en el servicio objeto de la contrata adjudicada, lo hacía en tareas completamente independientes. Prueba de ello es que había meses que ni siquiera viajaba a las islas y peñones, siendo adscrito por la empleadora a tareas ajenas a la contrata.

Y sobre tales circunstancias, la Sala debe rechazar el motivo pues, como ha razonado el Magistrado en el fundamento de derecho tercero, párrafo tercero, "*... la prestación de servicios del actor no puede sostenerse se desarrollase de forma exclusiva para la contrata de islas y peñones...*", constatándose que "*... en un total de tres meses no realiza ningún desplazamiento a las islas y peñones*" y termina afirmando que ha sido taxativa "*... la declaración de Mustafa Maanan cuando vino a manifestar que en las ocasiones en que no se realizaban dichos viajes los trabajadores prestaban servicios para la empresa en Melilla*".

En definitiva, no concurre el requisito de la adscripción permanente y exclusiva del actor al servicio objeto de la contrata al simultanear sus tareas con otras ajenas al mismo, lo que hace que no resulte de aplicación el precepto convencional que se invoca".

Con aplicación de los expresados preceptos legales y doctrina judicial al caso que se examina, y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y las alegaciones de las partes, y al ser caso idéntico, no cabe la subrogación por sucesión de contratas y debe confirmarse la imputación de responsabilidades de la parte recurrente la empresa demandada Eulen S.L. en el despido improcedente con las consecuencias derivadas declarado.

Por todo ello, al haberlo entendido así el juzgador de instancia no vulneró los preceptos invocados como infringidos, por lo que procede desestimar el recurso con confirmación de la sentencia.

TERCERO : El criterio del vencimiento previsto en el art. 235.1 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, impone la condena en costas a la empresa recurrente que no goza del beneficio de justicia gratuita.

CUARTO : Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación

**FALLO**

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por EULEN S.A., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº UNO de MELILLA de fecha 14/05/2017, recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por Juan María contra SUNKATEL S.L. y EULEN S.A. sobre DESPIDO, y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida.

Se condena a la empresa recurrente a la pérdida del depósito de 300 euros y de la cantidad consignada para recurrir, a las que se dará el destino legal, así como al pago de las costas procesales causadas en el presente recurso de suplicación, incluidos los honorarios profesionales del Letrado o Graduado social colegiado de cada una de las partes impugnantes, los cuales no podrán superar, en todo caso, la cantidad de 1200 euros, y ello una vez adquiera firmeza la presente resolución judicial.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Adviértase a la empresa demandada que en caso de recurrir habrá de efectuar en la cuenta abierta por esta Sala en el Banco Santander las siguientes consignaciones:

1. La suma de 600 euros en concepto de depósito en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala de lo Social -cuenta nº 2928-0000-66-número de procedimiento (0001/10)-.
2. La cantidad objeto de la condena, si no estuviera consignada con anterioridad bien mediante ingreso en la cuenta abierta por esta Sala en el Banco Santander con el número 2928 0000 66 07178613; bien, mediante transferencia a la cuenta número ES5500493569920005001274 (en el caso de ingresos por transferencia en formato electrónico); o bien a la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274 (para ingresos por transferencia en formato papel). En tales casos, habrá de hacer constar, en el campo reservado al beneficiario, el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga; y en el campo reservado al concepto, el número de cuenta 2928 0000 66 nº de procedimiento (0001/10)-, pudiendo sustituirse esta última consignación por aval bancario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista.

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