



Roj: **STSJ BAL 61/2019 - ECLI:ES:TSJBAL:2019:61**

Id Cendoj: **07040340012019100019**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **22/01/2019**

Nº de Recurso: **552/2018**

Nº de Resolución: **18/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ALEJANDRO ROA NONIDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL**

**PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00018/2019

**RSU RECURSO SUPLICACION 0000552 /2018**

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000222 /2018 JDO. DE LO SOCIAL Nº 5 DE PALMA

**NIG:** 07040 44 4 2018 0000000

**RECURRENTE/S:** Jose María

**ABOGADO/A:** FRANCISCO LOBATO JIMÉNEZ

FRANCISCO LOBATO JIMENEZ

**RECURRIDO/S:** VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A.

**ABOGADO/A:** JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ MARCOS

JOSE IGNACIO HERNANDEZ MARCOS

**ILMOS. SRES.:**

**PRESIDENTE:**

**DON ANTONI OLIVER REUS.**

**MAGISTRADOS:**

**DON ALEJANDRO ROA NONIDE**

**DON VÍCTOR MANUEL CASALEIRO RÍOS.**

En Palma, a veintidós de enero 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. 18/2019**

En el Recurso de Suplicación núm. 552/2018, formalizado por el Letrado D. Francisco Lobato Jiménez, en nombre y representación de D. Jose María , contra la sentencia nº 119/2018 de fecha 31 de julio de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 5 de Palma , en sus autos demanda número 222/2018, seguidos a instancia de D. Jose María , frente a la empresa VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A., representada por el Letrado D. José Ignacio Hernández Marcos, en materia de extinción contrato temporal (despido y reclamación



de cantidad), siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. ALEJANDRO ROA NONIDE, 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:

*Primero* .- Que el actor, don Jose María , provisto de N.I.E NUM000 , comenzó a prestar servicios para la entidad TREBALLS DEL BOSCH. S.L desde el día 25 de mayo de 2005, en virtud de contrato de duración determinada a jornada completa que, mediando prorrogación, fue convertido a contrato indefinido a partir del 19/05/2006, con categoría de Oficial de 2ª. (Folios nº 4 a 10 del ramo de prueba de la parte actora).

*Segundo* .- En fecha del 12 de junio de 2013 el actor fue subrogado a la entidad UTE CONSERVACIÓ EIX CENTRAL JARDINERIA, conservándole "contrato, antigüedad y el salario". Entidad que venía prestando los servicios de mantenimiento, Clave 23/2016 denominado "Servei d'execució d'operacions de conservació a la xarxa viària d'alta capacitat - Lote 1, Zona 9 (Central), adjudicado por el Consell Insular de Mallorca. (Folio nº 12 del ramo de prueba de la parte actora).

*Tercero* .- Que en fecha del 28/08/2017 el actor fue subrogado a la entidad hoy demandada VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A., nueva adjudicataria de los servicios de mantenimiento de carreteras, Clave 23/2016 denominado "Servei d'execució d'operacions de conservació a la xarxa viària d'alta capacitat -Lote 1, Zona 9 (Central) continuadora del servicio adjudicado por el Consell Insular de Mallorca que ya venía prestando la anterior. (Folio nº 13 del ramo de prueba de la parte actora).

En los términos contractuales entre empresa y trabajador consta "VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A., en fecha del 28/08/2017, se subrogará en los términos establecidos en el art. 27 del V Convenio General del Sector de la Construcción , en la relación mantenida entre el trabajador y UTE CONSERVACIÓ EIX CENTRAL en la obra objeto de la adjudicación, denominada "SERVEI D'EXECUCIÓ D'OPERACIONS DE CONSERVACIÓ A LA XARXA VIÀRIA D'ALTA CAPACITAT -LOTE 1, ZONA 9 (CENTRAL)" y por consiguiente en el contrato indefinido suscrito en su fecha, produciéndose así una novación subjetiva del mismo". (Documento nº 14 del ramo de prueba de la demandada).

*Cuarto* .- Que el actor, ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada desde el día 25 de mayo de 2005, con la categoría de "Grupo II, Peón Especialista", haciéndolo en virtud de contrato fijo indefinido a jornada completa y percibiendo un salario mensual bruto de 1.682,76 euros, con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias. (Docs. nº 1 y 14-18 del ramo de prueba de la parte actora).

La relación laboral está afectada por lo recogido en el Convenio Colectivo del sector de la Construcción de las Baleares -BOIB nº 100 de 12/07/2012-. y tabla salarial para 2016. Así como el VI Convenio sectorial de la Construcción.

*Quinto* .- Que en fecha 20 de febrero de 2018, la empresa entregó al trabajador carta de despido con efectos al mismo día y en los siguientes términos: "Por la presente le comunicamos que la empresa ha decidido prescindir de sus servicios y, por lo tanto, extinguir su contrato de trabajo por despido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 49 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores ". (Documento nº 3 del ramo de prueba de la parte actora).

*Sexto* .- La empresa no le ha abonado puntualmente y completamente los salarios al trabajador, por lo que los conceptos salariales dejados de percibir son:

Salario septiembre 2017 **1.121,84.- €**

P.P pagas extra **326,66.- €**

Vacaciones (4,20 días) **224,36.- €**

**TOTAL 1.672,86.- €**

*Séptimo* .- No consta que el demandante haya ostentado en dicha empresa la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa.

*Octavo* .- Que el 23 de mayo de 2018 el demandante celebró los preceptivos actos de conciliación ante el TAMIB, con el resultado ambos de "sin acuerdo", por cuanto agotó la vía administrativa previa. (Documento nº 5 del ramo de prueba de la parte actora).

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



"QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por don Jose María , en cuyo nombre y representación actuó el Letrado D. Francisco Lobato Jiménez, en demanda sobre despido y reclamación de cantidad frente a la empresa VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A., con CIF A-28017986, **declaro la improcedencia del despido** del demandante efectuado con efectos de 20 de febrero de 2.018 por parte de la empresa demandada, **a la que condeno** a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución opte entre la readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo, con abono de una cantidad igual al importe de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y la fecha de notificación de la presente resolución, cuyo importe se liquidará en trámite de ejecución de sentencia, o bien, a abonarle a la demandante la indemnización consistente en **11.113,20 euros** , opción que deberá ejercitar mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo indicado y sin esperar a la firmeza de la presente sentencia, **advirtiéndolo** a la demandada de que en el caso de no optar en el plazo y forma indicado se entenderá que procede la readmisión.

Asimismo, la empresa condenada deberá abonar al trabajador la cantidad de **1.672,86.-€** en concepto de salarios impagados, que devengará el recargo del 10% por mora regulado en el Art. 29.3 del Estatuto de los Trabajadores ."

**TERCERO.-** Contra dicha resolución se anunció recurso de suplicación por la representación de D. Jose María , que posteriormente formalizó y que fue impugnado por la representación de la empresa VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A.

**CUARTO.-** Se señaló para la votación y fallo el día 17 de enero de 2019, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** El recurso presentado articula en primer término una modificación fáctica -en función del apartado B del artículo 193 de la LRJS - en orden a modificar el hecho probado cuarto de la sentencia, en concreto, su párrafo segundo que recoge que "la relación laboral está afectada por lo recogido en el Convenio Colectivo del sector de la construcción de las Baleares" así como el "VI Convenio sectorial de la Construcción", proponiendo la siguiente adición previa: "*la relación laboral inicialmente se regulaba por el Convenio Colectivo de la industria de la madera de Baleares, hasta que la demandada se subrogó en el actor 28 agosto 2017*" , continuando con el texto consignado en el hecho probado cuarto, párrafo segundo. Refiere el documento 5, que es el primer contrato de trabajo suscrito inicialmente el 25 mayo 2005, y el documento 12 en que obra la primera subrogación con efectos de 12 junio 2013, figurando que sería conservado "el contrato, la antigüedad y el salario"..

Para poder resolver esta primera cuestión, resulta necesario el examen de los motivos de oposición a la propuesta fáctica presentados por la parte recurrida. Debe desestimarse, de entrada, que la propuesta constituya una cuestión nueva estrictamente en la medida que la pretensión de la fijación ajustada a derecho de la indemnización por despido en función de la antigüedad realmente procedente no puede ser dejada de lado del debate procesal, tanto en la instancia judicial como en fase de recurso de suplicación, al referirse a la determinación de las consecuencias del despido improcedente que ha sido declarado en la sentencia. En segundo lugar, aun cuando la materia relativa al Convenio Colectivo de aplicación sea propiamente una materia de análisis jurídico, no menos cierto es que asiste a la parte demandante ahora recurrente el derecho a plasmar en los apartados fácticos aquellos hechos que pudieran indicar el Convenio Colectivo aplicable, y al mismo tiempo conviene clarificar todas las circunstancias derivadas de los contratos suscritos y subrogaciones efectuadas.

Y en cuanto al fondo del motivo fáctico propuesto, la pormenorizada declaración de hechos realizada en la sentencia recurrida conlleva ya el establecimiento de los necesarios hechos probados para resolver la cuestión litigiosa, cuyos elementos relevantes son los siguientes. El demandante suscribió un primer contrato el 25 mayo 2005, -convertido en indefinido 19 mayo 2006-, en el que figuraba la referencia al Convenio pretendido por la parte demandante en ese primer periodo. No obstante, como establece la sentencia recurrida, las empresas que contrataron al demandante tuvieron la condición de adjudicatarias de la contrata de prestación de servicios auxiliares licitada por el Consell insular de Mallorca. Y los contratos de trabajo celebrados por el demandante con cada una de las tres empresas lo fueron en el marco de las sucesivas contrata licitadas para atender el servicio de conservación de carreteras. De este modo, el 12 junio 2013, fue contratado y subrogado con la segunda empresa contratista, cuya fecha de antigüedad es respetada por la empresa demandada, empresa que es la tercera contratista y que ha despedido al demandante de forma improcedente. La segunda contratista, al momento de subrogación el 12 julio 2013, aceptó la conservación del "contrato, antigüedad y salarios". Y, por último, el 28 agosto 2017 fue subrogado a la nueva adjudicataria, en cuyos



términos contractuales consta la remisión al artículo 27 del V Convenio General del Sector de la Construcción . Por tanto, es el panorama fáctico que ha de tenerse presente a la hora de resolver la fecha de antigüedad pertinente a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente. Y, sin duda, con esta finalidad no cabe dejar sin analizar el contenido del Convenio General del Sector de la Construcción alegado por la empresa demandada.

**SEGUNDO.** Desde el plano jurídico inherente al apartado C del artículo 193 de la LRJS , el recurso plantea tres apartados jurídicos que pretenden fundamentar la existencia de un solo contrato, tras las dos sucesiones empresariales efectuadas. En primer término, la parte recurrente mantiene que estamos ante una condición más beneficiosa establecida en el VI Convenio Colectivo Estatal del Sector de la Construcción, que ordena que sean respetadas las condiciones que tengan reconocidas a título personal por las empresas al entrar en vigor este Convenio, siempre y cuando fuesen más favorables. Y que si se hubiera aplicado el Convenio Colectivo de Industrias de Madera de Baleares a la hora de establecer la antigüedad debería ser de 25 mayo 2005 y acrecentar la indemnización correspondiente por no ser la antigüedad de 27 agosto 2013, habiendo firmado el documento 14 para continuar la prestación de servicios con la nueva contratista. En segundo lugar, alega que si el artículo 27 del Convenio Colectivo del Sector de la Construcción ha fijado el alcance de los derechos generados por el último contrato, -éste segundo contrato recoge que conservará la antigüedad percibida por la primera contratación-, equivocándose la resolución judicial al referirse a la última empresa contratista, resultando que las nóminas aportada reflejan la antigüedad correcta de 25 mayo 2005. Y en tercer lugar, solicita la aplicación del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores con la correspondiente indemnización, aduciendo que las normas convencionales no pueden disminuir el cómputo de antigüedad del trabajador a efectos del cálculo de la indemnización por despido, infringiendo el principio de jerarquía normativa, sin que sea relevante que haya sido producida una subrogación legal o convencional por cuanto sólo ha existido una relación laboral.

No obstante, el recurso no puede ser estimado puesto que la sentencia recurrida no comete las infracciones jurídicas alegadas. De entrada, señalar que la concreta pretensión contenida en la demanda -como objeto litigioso- no atañe a una denegación de la subrogación del trabajador o a deudas salariales pendientes respecto del anterior contratista, sino específicamente al cómputo de antigüedad a efectos del despido. La jurisprudencia precisa que la circunstancia laboral consistente en la antigüedad puede tener diferente alcance en función de los acuerdos convencionales sobre esta materia concreta, pues debe distinguirse entre la fecha de antigüedad reconocida por contratos respecto del concepto de antigüedad o tiempo de servicios a efectos indemnizatorios, conforme a la jurisprudencia contenida en sentencias del Tribunal Supremo de 21 marzo 2000 y 13 noviembre 2006 .

Y, en primer término, -además de los hechos antes referidos-, la sentencia recoge con valor fáctico que la empresa obtuvo una contrata de servicios de mantenimiento de carreteras para lo cual no adquirieron ningún elemento patrimonial, no constando probado tampoco la adquisición de la mayor parte de la plantilla de personal que viniera desarrollando la actividad. Y debe subrayarse que el ámbito propio de la actividad empresarial ante referido no comporta que la misma esté asentada fundamentalmente en la mano de obra, como sucede en sectores de limpieza o de vigilancia. En efecto, para el desarrollo de la actividad empresarial relacionada con el sector de la construcción, es necesaria la utilización de importantes medios materiales, por lo que con vistas al observar una transmisión de la unidad productiva empresarial, en el caso analizado no cabe conformarse con la mano de obra, o al menos debería constar una real sucesión de plantillas, como refiere la sentencia recurrida, que consigna que no ha sido acreditado este supuesto de sucesión, extremos que no cabe dejar sin validez al carecer de modificación de hechos sobre ello, por lo que no resulta aplicable el artículo 44 del Estatuto los Trabajadores .

Estamos ante una sucesión derivada de una norma convencional. Pero no deviene aplicable del Convenio Colectivo de la Industria de Madera, ni por ello estamos ante una condición más beneficiosa, por cuanto las distintas empresas que contrataron al demandante tuvieron la condición de empresas adjudicatarias de contratas licitadas por el Consell de Mallorca para atender al servicio de mantenimiento de carreteras. Entra, por ello, dentro del sector de la construcción conforme a las previsiones establecidas en su artículo 12 y anexo segundo. No incurre en error la sentencia que, examinando la actividad desarrollada tanto por la empresa como por el trabajador, aplica el Convenio Colectivo debido, descartando el Convenio Colectivo que no ajusta sus previsiones a la realidad de la prestación de servicios.

Es el artículo 27 del Convenio Colectivo General de Construcción el que delimita específicamente las condiciones de la subrogación. Menciona el objetivo de contribuir a garantizar el principio de estabilidad en el empleo, y la obligación de subrogación como mejora de la legislación vigente, por lo que establece la limitación exclusivamente a los derechos generados por el último contrato suscrito por el trabajador con la empresa saliente de la contrata. Y lo que es más concreto *"sin que la empresa entrante se encuentre vinculada por cualquier contrato pacto anterior a aquél, particularmente a efectos de años de servicio, indemnizaciones por*



*despidos y cualesquiera otros conceptos que tome en consideración el tiempo de prestación de servicios"* . Incluso indica una salvedad respecto del tiempo de prestación de servicios reconocidos únicamente "mediante sentencia judicial firme con anterioridad a producirse la subrogación" y hubiera sido comunicada a la empresa entrante, extremos que no suceden en el presente caso.

En esta dirección, en efecto, las sentencias del Tribunal Supremo de 18 septiembre 2000 y 29 enero 2002 descarta la transmisión empresarial en los términos regulados en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , resultando que la subrogación debe estar fundamentada en el convenio colectivo aplicable, a cuyos presupuestos extensión y límites debe estarse. Y en esta misma línea jurídica del caso examinado, las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid de 3 marzo 2011 , Andalucía - Granada, 26 enero 2012 , Galicia 30 octubre 2012 y Asturias de 29 enero 2016 .

Por consiguiente, no cabe aceptar la petición de la parte demandante, de modo que el recurso decaea, procediendo la confirmación de la sentencia recurrida.

## FALLAMOS

**SE DESESTIMA** el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de D. Jose María , contra la sentencia nº 119/2018 de fecha 31 de julio de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 5 de Palma de Mallorca , en sus autos demanda número 222/2018, seguidos a instancia de la parte recurrente, frente a la empresa VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. y, en su virtud, **SE CONFIRMA** la sentencia recurrida.

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 CASACIÓN 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 número0446-0000-65-0552-18** 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 transferenciabancaria** , 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 número0446-0000-66-0552-18** .

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 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 **18/2019**, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.- 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.