



Roj: **STSJ CL 2470/2013 - ECLI:ES:TSJCL:2013:2470**

Id Cendoj: **47186340012013100996**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **29/05/2013**

Nº de Recurso: **651/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSE MANUEL RIESCO IGLESIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 01035/2013

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIALVALLADOLID

C/ANGUSTIAS S/N

Tfno: 983413204-208

Fax:983.25.42.04

NIG: 34120 44 4 2012 0001025

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000651 /2013 JM

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000521 /2012 JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de PALENCIA

Recurrente/s: Gregorio , UTE CONSERVAC.PALENCIA JCYL 2012,VIASGON OBRAS Y SERV.S.L.U. Y HNOS. SASTRE S.A.

Abogado/a: JOSE LUIS VARILLAS ASENJO, JAVIER OSCAR CASTAÑO CUENCA

Procurador/a: CONSTANCIO BURGOS HERVAS, ,

Recurrido/s: Gregorio , UTE CONSERVAC.PALENCIA JCYL 2012,VIASGON OBRAS Y SERV.S.L.U. Y HNOS. SASTRE S.A. , ZARZUELA S.A. EMPRESA CONSTRUCTORA

Abogado/a: JOSE LUIS VARILLAS ASENJO, JAVIER OSCAR CASTAÑO CUENCA , VICENTE BURON RIOS

Procurador/a: CONSTANCIO BURGOS HERVAS, ,

Il'tmos. Sres.:

D. Emilio Alvarez Anllo

Presidente de la Sección

D. José Manuel Riesco Iglesias

D. Rafael A. López Parada/

En Valladolid a Veintinueve de Mayo de dos mil trece.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados, ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A



En el Recurso de Suplicación núm. 651-2013, interpuesto por D. Gregorio , por UTE CONSERVACION PALENCIA JCYL 2012(formada por las empresas VIASGON OBRAS Y SERVICIOS SLU y HERMANOS SASTRE S.A), por VIASGON OBRAS Y SERVICIOS SLU y por HERMANOS SASTRE SA, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 1 de Palencia, de fecha 6 de Noviembre de 2012 (Autos núm. 521/2012), dictada a virtud de demanda promovida por D. Gregorio contra CONSTRUCCIONES HERMANOS SASTRE SA, contra ZARZUELA SA EMPRESA CONSTRUCTORA, contra VIASGON OBRAS Y SERVICIOS SLU y contra UTE CONSERVACION PALENCIA JCY 2012 sobre DESPIDO.

Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. DON José Manuel Riesco Iglesias.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6-8-2012 se presentó en el Juzgado de lo Social Nº 1 de Palencia demanda formulada por la parte actora, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó Sentencia en los términos que consta en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados figuran los siguientes:

1º.- El actor D. Gregorio , mayor de edad y

con D.N.I. NUM000 ha prestado servicios laborales

inicialmente como albañil con categoría de peón especialista y

posteriormente con categoría de oficial de la para la empresa

demandada Zarzuela S.A. Empresa Constructora, habiendo

suscrito los siguientes contratos:

Contrato de trabajo de duración determinada a tiempo

completo para obra o servicio determinado y duración del

16-11-1999 al 15-12-2003.

Contrato de trabajo de duración determinada a tiempo

completo para obra o servicio determinado y duración del

16-12-2003 al 30-4-2008.

Contrato de trabajo de duración determinada a tiempo

completo para obra o servicio determinado y duración del

1-5-2008 al 31-8-2010.

Comunicación de conversión de contrato temporal en contrato indefinido en fecha 1-9-2010.

2º.- La actividad que desarrollaba Zarzuela S.A. Empresa

Constructora y a la que estaba destinado el Sr. Gregorio era la

de operaciones de conservación ordinaria, renovación de firmes

y señalización de la red de carreteras de titularidad de la

Junta de Castilla y León de la provincia de Palencia,

incluyendo asimismo las operaciones de conservación

extraordinaria y mantenimiento de la vialidad invernal,

mediante adjudicación de la Junta de Castilla y León.

2º.1.- Las prescripciones técnicas de obligado cumplimiento por la citada mercantil en la última adjudicación (2008-2012) son las que figuran al folio 70 de los autos cuyo íntegro contenido se da aquí por reproducido (clave 4.4 P-12)

2º.2.- Las tareas que desarrollaba D. Gregorio , quien carecía del permiso de conducir camiones,

eran trasladar a sus compañeros desde sus domicilios al centro



de trabajo (zona de carretera en la que prestan sus servicios), y proceder a ejecutar trabajos básicamente manuales: desbroce de cunetas, tala de árboles, tareas de limpieza ...

2.3.- El trabajo estaba organizado en 5 equipos en Palencia con sedes en Paredes, Cervera, Saldaña, Palencia capital y Torquemada, estando formados cada uno por 4 ó 5 trabajadores, contando asimismo con un jefe de obra, un técnico y un encargado.

2.4.- Durante la época de la vialidad invernal, la plantilla se incrementaba con al menos 5 oficiales de la conductor para el manejo de maquinaria sobre todo quitanieves.

3º.- La Junta de Castilla y León puso a disposición de Zarzuela S. A._ Empresa Constructora ciertos medios materiales tales como una oficina o máquina específica.

4º.- Las retribuciones brutas que D. Gregorio ha percibido por su trabajo como oficial 1 a para Zarzuela S. A. Empresa Constructora durante el período que se indicará han sido las siguientes:

4.1.- Julio 2011

-Salario base 805,38
-Asistencia y actividad 294,80
-Plus extrasalarial transporte 72,40
-Complemento a bruto 325,42

1.498,00

4.2.- Agosto 2011

-Salario base 805,38
-Asistencia y actividad 294,80
-Plus extrasalarial transporte 72,40
-Complemento a bruto 325,42

1.498,00

4.3.- Septiembre 2011

-Salario base 779,40
-Asistencia y actividad 294,80
-Plus extrasalarial transporte 72,40
-Complemento a bruto 351,40

1.498,00

4.4 Octubre 2011

-Salario base 805,38
-Asistencia y actividad 280,06



-Plus extrasalarial transporte 68,78

-Complemento a bruto 343,78

1.498,00

4.5.- Noviembre 2011

-Salario base 779,40

-Asistencia y actividad 309,54

-Plus extrasalarial transporte 76,02

-Complemento a bruto 333,04

1.498,00

4.6.- Paga Extra Navidad 2011: 1.098,27

4.7.- Diciembre 2011

-Salario base 805,38

-Asistencia y actividad 235,84

-Plus extrasalarial transporte 57,92

-Complemento a bruto 398,86

1.498,00

4.8.- Enero 2012

-Salario base 805,38

-Asistencia y actividad 294,80

-Plus extrasalarial transporte 72,40

-Complemento a bruto 325,42

1.498,00

4.9.- Febrero 2012

-Salario base 753,42

-Asistencia y actividad 309,54

-Plus extrasalarial transporte 76,02

-Complemento a bruto 359,02

1.498,00

4.10.- Marzo 2012

-Salario base 805,38

-Asistencia y actividad 309,54

-Plus extrasalarial transporte 76,02

-Complemento a bruto 307,06

-Incentivos 386,00

1.884,00



4.11.- Abril 2012

- Salario base 779,40
- Asistencia y actividad 250,58
- Plus extrasalarial transporte 61,54
- Complemento a bruto 406,48

1.498,00

4.12.- Mayo 2012

- Salario base 820,26
- Asistencia y actividad 312,69
- Plus extrasalarial transporte 76,86
- Complemento a bruto 288,19

1.498,00

4.13.- Paga Extra Verano 2012: 1.109,25

4.14.- Junio 2012

- Salario base 793,80
- Asistencia y actividad 312,69
- Plus extrasalarial transporte 76,86
- Complemento a bruto 241,56
- Revisión Salarial 73,09

1.498,00

5° . - Por parte de la Junta de Castilla y León se procedió en septiembre de 2011 a la apertura de un procedimiento para la adjudicación del expediente clave NUM001 consistente en el contrato de servicios para la ejecución de diversas operaciones de conservación en las carreteras y tramos de titularidad autonómica de la provincia de Palencia.

5.1. - El Pliego de prescripciones técnicas particulares del citado contrato consta en autos a los folios 57 y siguientes, cuyo íntegro contenido se da aquí por reproducido, destacando a los fines de este procedimiento, las siguientes estipulaciones:

6- ORGANIZACIÓN Y MEDIOS DEL ADJUDICATARIO.-

6.1. - Instalaciones: ... El adjudicatario podrá utilizar total o parcialmente las instalaciones afectas a conservación de carreteras autonómicas que la Junta de Castilla y León posee en la provincia de Palencia.

6.2.- Personal: El personal fijo para todas las operaciones del contrato con dedicación exclusiva será el que se detalla a continuación:

Un jefe de operaciones - Un encargado (técnico Coex) -un auxiliar administrativo operador informáti. -Un técnico auxiliar - 8 oficiales de 1ª conductores (con carne de camión) 16 peones especialistas -En vialidad invernal: 5 oficiales 1ª conductores (con carné de camión)



6.3.- Maquinaria y Medios: Maquinaria puesta a disposición por la Junta de Castilla y León:

8 camiones 4 x4 Iveco -1 Q. dinámica Fresia -1 Q. dinámica Rolba -Un depósito de fabricación de salmuera en Saldaña. -un depósito de salmuera en Saldaña.

5.2.- A dicho contrato presentaron ofertas tanto Zarzuela S.A.

Empresa Constructora como los demandados Viasgon Obras y Servicios S.L. y Construcciones Hermanos Sastre S.A. (UTE Conservo Palencia JCYL 2012.

5.3. - Por Orden de 30-5-2012 de la Consejería de fomento y Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León se acordó

adjudicar la ejecución del contrato de servicios para la ejecución de diversas operaciones de conservación en las carreteras y tramos de titularidad autonómica de la provincia de Palencia a la Empresa Viasgon Obras y Servicios S.L.-Construcciones Hermanos Sastre S.A. (UTE)

6º.- Mediante escrito de 15-6-2012, Zarzuela S.A. Empresa Constructora comunicó a Viasgón Obras y Servicios S.L. y a Construcciones Hermanos Sastre S.A. (UTE Conserv. Palencia JCYL 2012) los siguientes extremos:

"Muy Sres. Nuestros: Habiendo tenido conocimiento, por parte de la Junta de Castilla y León, Consejería de Fomento y Medio Ambiente, Dirección General de Carreteras e Infraestructuras, de la adjudicación a esa Empresa del siguiente contrato: 12613/2012/3. Contrato de Servicios para la Ejecución de Diversas Operaciones de Conservación en las Carreteras y Tramos de Titularidad Autonómica de la Provincia de Palencia. (4.4-P-13), Orden de 30 de mayo de 2012 de la Consejería de Fomento y Medio Ambiente, en cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y en el Artículo 27 del Convenio General del Sector de la Construcción, mediante el presente escrito les notificamos la obligación de subrogación del personal que viene prestando servicios a Zarzuela S A. Empresa Constructora en la citada contrata de mantenimiento de Carreteras, Clave 4. 4-P-12. Conservación Carreteras Junta Castilla y León. Provincia de Palencia.

Con motivo de la subrogación del personal, con fecha *30 de junio de 2012*, procederemos a dar de baja en Zarzuela, SA Empresa Constructora a los trabajadores de la citada contrata.

Así mismo, ponemos a su disposición haciéndoles entrega en este mismo acto de toda la documentación relativa a los trabajadores, tal y como dispone el Artículo 27, punto 5, del Convenio General de la Construcción.

6.1.- La relación del personal adscrito a la conservación de

Palencia es la obrante al folio 116, consistiendo en 26

empleados siendo uno de ellos D. Gregorio,

recogiendo de cada empleado sus apellidos y nombre, DNI, N° de

afiliación a la seguridad social, tipo de contrato, fecha de

antigüedad, tipo de jornada y retribución (mensual + 2 pagas extras).

6.2.- Mediante el servicio de burofax de correos,

se remitió el 28-6-2012 por UTE Conserv. Palencia JCYL 2012

a Zarzuela S.A. Empresa Constructora el siguiente escrito

"Muy Sres. Nuestros:

Contestando a su escrito de notificación de subrogación

del personal, de fecha 15 de Junio de 2012, y una vez

comprobada la documentación facilitada relativa a los

trabajadores, les comunicamos que no vamos a proceder a la

subrogación del personal que se detalla a continuación, como

consecuencia de no ajustarse al citado personal a lo exigido en el apartado 6.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas



Particulares del Contrato de Servicios Expediente Clave 4.4.P-13 para la ejecución de diversas operaciones de conservación en las carreteras y tramos de titularidad autonómica de la provincia de PALENCIA:

Eutimio DNI NUM002 , OFICIAL DE la

Sin Carné de camión.

Gregorio DNI NUM000 , OFICIAL DE la

Sin Carné de camión.

Lucas DNI NUM003 , OFICIAL DE la

Sin carné de camión.

Secundino DNI NUM004 , OFICIAL DE la Sin

carné de camión.

El apartado 6.2.- Del Pliego de Prescripciones Técnicas

Particulares, con el Título ORGANIZACION DEL PERSONAL

establece que "El personal fijo para todas las operaciones del

contrato con dedicación exclusiva será el que se detalla a

continuación. Un jefe de operaciones (. . .). 8 Oficiales 1 a

(conductores con carné de camión) ... " La empresa ZARZUELA, S. A.

Empresa Constructora es plenamente conocedora de que los

trabajadores que se relacionan en este escrito no están en

posesión del carnet de conducir de camión y, por tanto, no son

subrogables a la UTE CONSERVO PALENCIA JCYL 2012, conforme al

Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares".

7º.- Mediante escrito de 27-6-2012, Zarzuela SA. Empresa Constructora comunicó a D. Gregorio los siguientes extremos:

" Muy Sr. Nuestro

Por la presente le comunicamos que a partir del 1 de julio de

2012 la empresa Viasgón Obras y Servicios **S. L. U.** y

Construcciones Hermanos Sastre **S. A.** , UTE Conserv. JCYL

Pa1encia 2012 pasará ser la nueva adjudicataria del servicio

de mantenimiento de carreteras de la Junta de casti11a y León

en Pa1encia, Clave 4.4-P-13 por 10 que de acuerdo con el

artículo 27 del Convenio General del Sector de la

Construcción, la mencionada sociedad se subroga en cuantos.

derechos y obligaciones laborales mantenía con usted la

anterior adjudicataria, Zarzuela **S.A.** Empresa Constructora..."

8.- Mediante escrito de fecha 2-7-2012, Viasgón Obras y

Servicios **S.L.** y Construcciones Hermanos Sastre, **S.A.** (UTE

Conserv. Palencia JCYL 2012) comunicó a D. Gregorio los siguientes extremos:

"Muy Sr. Mío:

Por medio del presente escrito le comunicamos que la UTE Conserv. Palencia JCYL 2012 como adjudicataria del Contrato de

Servicios Clave 4.4-P-13 para la ejecución de diversas

operaciones de conservación en las carreteras y tramos de

titularidad autonómica de la provincia de Palencia, no va a proceder a dar1e de alta en este contrato como consecuencia de que Ud. no cumple con 10 exigido en el apartado 6.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares que exige dentro del apartado de Organización del Personal "8 oficiales de 1ª (conductores con carné de camión)".

Esta circunstancia ha sido debidamente comunicada, vía burofax, a la empresa Zarzuela S.A. Empresa Constructora, entidad mercantil en la que UD viene prestando sus servicios como oficial de 1ª".

9º.- El actor ni en julio de 2012 ni en el año anterior ha ostentado cargo sindical alguno ni de representación de los trabajadores

10º.- Presentada papeleta de conciliación ante el SMAC el 13-7-2012 el acto se celebró el 31-7-2012 con el resultado de "sin avenencia con zarzuela S .A. Empresa Constructora y con UTE Conservo JCYL Palencia 2012. Intentada sin efecto dada su incomparecencia con Viasgon Obras y Servicios S. L. U. Y Construcciones Hermanos Sastre S.A".

TERCERO.- Interpuesto recurso de Suplicación contra dicha sentencia por la parte actora y las empresas demandadas UTE Conservación Palencia JCYL 2012, Viasgon Obras y Servicios SLU y Hermanos Sastre SA, fue impugnado el recurso del demandante por las empresas que también interpusieron el segundo recurso de Suplicación, y respecto del recurso de Suplicación interpuesto por éstas segundas fue impugnado por la parte actora y por la empresa codemandada Zarzuela SA Empresa Constructora y elevados los Autos a esta Sala, se designó Ponente acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia del Juzgado de lo Social Nº 1 de Palencia que declaró la improcedencia del despido de DON Gregorio se alzan en suplicación tanto el propio actor como las empresas condenadas UTE CONSERVACIÓN PALENCIA JCYL 2012 (formada por las empresas VIASGON OBRAS Y SERVICIOS, S.L.U. y HERMANOS SASTRE, S.A.), VIASGON OBRAS Y SERVICIOS, S.L.U. y HERMANOS SASTRE, S.A.

El primero de los recurrentes plantea una modificación de los hechos probados, mientras que las segundas únicamente desarrollan un solo motivo de orden jurídico.

SEGUNDO.- El Letrado del actor insta de la Sala en el primer motivo del recurso la adición de la siguiente frase al hecho probado 3º :

"..., así como dos naves, consistentes en un depósito de fabricación de salmuera en Saldaña y otro depósito de salmuera en dicha localidad."

Esta modificación la basa el recurrente en el pliego de prescripciones técnicas particulares del contrato (folio 57), así como en el hecho probado 5.1 de la sentencia, ya que dicho pliego es exactamente igual al que suscribió la empresa ZARZUELA, S.A. en periodos anteriores. La modificación así planteada no es aceptada por la Sala porque en el hecho probado 2.1 la Magistrada nos informa de que las prescripciones técnicas aplicables a ZARZUELA, S.A. en la última adjudicación (años 2008-2012) son las que figuran al folio 70 de los autos, mientras que las de la última adjudicación -en la que la contratista es la UTE CONSERVACIÓN PALENCIA JCYL 2012- constan a los folios 57 y siguientes. Luego si el recurrente quiere solicitar la revisión del pliego correspondiente a ZARZUELA, S.A. debió hacerlo en base al documento correspondiente y no al de la otra contratista, porque ambos pliegos no son iguales aunque presenten grandes similitudes.

TERCERO.- Los respectivos planteamientos de los recursos de las dos partes nos llevan a determinar en primer lugar si ha habido un despido y cuál ha de ser la empresa responsable de las consecuencias económicas del mismo, para pronunciarnos en segundo término sobre éstas y, más en concreto, sobre la cuantía de la indemnización calculada en la sentencia impugnada, de la que discrepa el actor.

El Letrado de la codemandada UTE CONSERVACIÓN PALENCIA JCY 2012, tras denunciar la infracción del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el apartado 2º, párrafo 2º del artículo 27 del V Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción y con varias sentencias del Tribunal Supremo,



sostiene que su representada no venía obligada a subrogar al demandante porque éste carece del permiso para conducir camiones, con lo que incumple las exigencias del personal necesario para desarrollar la actividad objeto de la contrata; afirma, asimismo, que de proceder a tal subrogación existiría una nulidad de su contrato de trabajo, por lo que concluye que debe ser únicamente la codemandada ZARZUELA, S.A., concedora y tolerante de la irregularidad la que soporte las consecuencias del despido improcedente.

Esta cuestión ya ha sido objeto de decisión por esta Sala en la sentencia de 2 de mayo de 2013 (rec. 501/13), recaída en un supuesto idéntico. Dijimos en dicha resolución: "*Lo primero que debemos manifestar es que el pliego de condiciones que tenía la empresa Zarzuela y al que se remite la juez a quo no exigía la tenencia de carnet de conducir camiones sino sólo de conducir, con lo que no se puede alegar que dicha empresa incumpliese los términos de la contrata y tratase ahora fraudulentamente de deshacerse de un trabajador.*

Respecto de la sucesión de empresas nuestro TS en sentencia de fecha 28 de Febrero de 2013 ha manifestado lo siguiente:

"La doctrina de esta Sala al respecto, a partir de las sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 (R. 4424/03 y 899/02), reiteradas por las de 29 de mayo y 27 de junio 2008 (3617/06 y 4773/06), que rectificaron tesis anteriores para acomodarlas al criterio que, en aplicación de la Directiva 2001/23, venía manteniendo el TJCE (hoy TJUE) en numerosas sentencias (por ejemplo, las de 10-12-1998, casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal, 25-1-2001, caso Liikeene , 24-1-2002, caso Temco Service Industries , y 13-9-2007, caso Jouini), muy relacionada siempre con la actividad transmitida, y recogida con claridad, entre otras, en nuestras sentencias de 17 y 27 de junio de 2008 (R. 4426/06 y 4773/06), 28 de abril de 2009 (R. 4614/07), 12 de julio de 2010 (2300/09) y 7 de diciembre de 2011 (R. 4665/10), en lo que aquí interesa, puede resumirse así:

a) Lo determinante, para saber si se produce o no una sucesión empresarial, no depende tanto de que el nuevo empresario, el que continúa la actividad, sea o no propietario de los elementos patrimoniales necesarios para su desarrollo, y al margen también de que existiera o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, lo decisivo, decíamos, es que se produzca realmente un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y que la transmisión afecte a una entidad económica que continúe manteniendo su propia identidad.

b) En aquellos sectores (por ejemplo, limpieza, y vigilancia y seguridad) en los que la actividad suele descansar fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera esa actividad común, puede constituir una entidad económica que mantenga su identidad cuando se produce la transmisión y el nuevo empresario, quizá salvo que se trate del principal (STS 27-6-2008 , citada), no sólo continúa con la actividad de la que se trata sino que también se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla del anterior.

c) Por contra, si la actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige de instalaciones o importantes elementos materiales, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número significativo de los empleados por el anterior, no se considera que haya sucesión de empresa si al tiempo no se transmiten aquellos elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad.

d) Así pues, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese de la anterior contrata, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. Por lo que se refiere a una empresa de limpieza se ha dicho también, que "un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción (SSTJCE de 10 de diciembre de 1998 y 24 de enero de 2002)" [12-7-2010 , citada]."

En el caso que nos ocupa la empresa entrante recibe importantes elementos materiales como son los que constan en el hecho probado 5.1 cuya trascendencia económica no puede dudarse aunque ciertamente se encuentra obligada a aportar otra serie de elementos materiales de importante cuantía. Si a la importante transmisión de elementos materiales que se produce se suma la asunción de una gran parte de la plantilla que es igualmente un elemento económico a tener en cuenta nos encontramos con la transmisión de una unidad económica incompleta pero con capacidad funcional al menos en parte con lo que estaríamos ante una auténtica sucesión empresarial con lo que la UTE debería hacerse cargo del trabajador demandante con todas sus consecuencias."

Continuábamos diciendo en el fundamento de derecho cuarto que aunque desechemos la tesis de la sucesión empresarial en sentido estricto es evidente que estando ambas empresas en el sector de la construcción deviene



de aplicación el convenio general y la sucesión de contratos que obliga el artículo 27, que regula la subrogación de personal cuando se produce una sucesión de contrata para el mantenimiento de carreteras.

Como ya hemos dicho con anterioridad la contrata que tenía Zarzuela no exigía la tenencia de carnet de conducir camiones sino sólo de carnet de conducir, luego si por una norma convencional se impone la subrogación y la norma no contempla excepciones es evidente al no apreciarse fraude alguno que la empresa entrante ha de hacerse cargo de todos los trabajadores. La situación que se planteará será similar a los supuestos de reducción de contrata en que ha de producirse la subrogación sin perjuicio de las medidas que pueda emprender la empresa entrante.

Es decir, la UTE entrante ha de hacerse cargo de los trabajadores que laboraban en la contrata habiéndose comunicado por la empresa saliente la situación de los trabajadores y habiendo cumplido con las obligaciones que impone el convenio, por lo que procede mantener la condena fijada en la sentencia de instancia.

CUARTO.- Determinada la existencia de la subrogación en los términos declarados en la sentencia de instancia, nos ocuparemos seguidamente del recurso del actor, el cual va encaminado a denunciar la infracción por inaplicación de los artículos 44 y 56.1 del Estatuto de los Trabajadores y del apartado 2º, párrafo 2º, del artículo 27 del V Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción. La discrepancia del actor con la sentencia impugnada se centra en las consecuencias económicas del despido declarado improcedente, más en concreto en la cuantía de la indemnización. A diferencia de la Magistrada de instancia que computó como antigüedad del actor a efectos del cálculo de la indemnización la del último contrato (1 de mayo de 2008), éste entiende que debe ser la inicio de la relación laboral (el 16 de noviembre de 1999), puesto que no ha habido ninguna solución de continuidad entre los tres contratos de trabajo suscritos con la codemandada ZARZUELA, S.A.

También esta cuestión la resolvimos en la sentencia de esta Sala antes transcrita parcialmente, en la cual afirmamos lo siguiente: "Si como ya hemos dicho antes hay una sucesión de empresas la conclusión sería computar toda la antigüedad, pero es que a juicio de esta Sala por aplicación del propio artículo 27 del convenio debe computarse todo el período. En primer lugar porque si el artículo del Estatuto dice que debe computarse el tiempo de servicios prestados para calcular la indemnización aplicando según jurisprudencia a estos efectos la teoría de unidad sustancial del vínculo, la limitación mediante convenio sería ilegal, pero es que además nuestro TS en la STS de 17 de junio de 2008 dictada por el Pleno de la Sala en el R. C.U.D. núm. 4426/2006, razonaba lo siguiente: "Conviene insistir en que estamos ante un contrato temporal en el que la duración depende del vencimiento de un plazo, la ejecución de la obra o servicio, y no ante un contrato sujeto a condición resolutoria porque, cual se deriva del artículo 1.125 del Código Civil, cuando el hecho futuro del que depende la subsistencia del contrato es cierto, aunque no se sepa cuándo llegará, estamos ante un plazo (resolutorio), mientras que si es incierta la producción del hecho que extinguirá el contrato nos encontraremos ante una condición (resolutoria). Que el artículo 15-1-a) del E.T establece un contrato sujeto a plazo resolutorio lo evidencia el que regule un contrato sujeto a un límite temporal cierto, aunque sea incierta su duración concreta. Y lo corrobora el hecho de que tal contratación temporal sólo se autorice en atención a que la empresa contratante necesita temporalmente de trabajadores para atender una actividad concreta, determinada y con autonomía y sustantividad propias, razón por la que se vincula la duración del contrato a la subsistencia de la necesidad que se atiende con él.

Por ello, cuando la contrata o concesión que lo motiva se nova, renueva o es sustituida por otra posterior en la que el objeto sigue siendo el mismo, el contrato de trabajo no se extingue por no haber transcurrido el plazo pactado para su duración: la ejecución de la obra que lo motiva y la consiguiente desaparición de la necesidad temporal de mano de obra que requiere la ejecución de la "obra o servicio" que la empleadora se comprometió a realizar, objetivo que es el que, legalmente, autoriza una contratación temporal que en otro caso no sería acorde con la norma. Así pues, en la modalidad contractual estudiada cabe que se pacte un plazo resolutorio determinado o indeterminado, según las circunstancias de la obra o servicio a ejecutar o de la concesión obtenida, aunque la mayoría de las veces será difícil determinar la fecha exacta de la extinción. Pero lo que no será posible es que el contrato determine ese plazo resolutorio en contra de la naturaleza de ese contrato y del objetivo perseguido por la Ley al admitirlo: cubrir una necesidad temporal de mano de obra que tiene una empresa para ejecutar una obra o servicio temporalmente, en el sentido amplio que tiene esta expresión.

Por ello, mientras subsista esa necesidad temporal de empleados, mientras la empleadora siga siendo adjudicataria de la contrata o concesión que motivó el contrato temporal, la vigencia de éste continúa, al no haber vencido el plazo pactado para su duración, que por disposición legal debe coincidir con la de las necesidades que satisface".

Es decir, de dicha tesis debemos deducir que cuando se celebra un contrato de obra o servicio para cubrir una contrata la necesidad temporal de mano de obra que justifica el contrato permanece mientras dura la adjudicación de la contrata luego si Zarzuela tuvo al contrata desde el año 1999 y sin solución de continuidad el trabajador laboró en la misma hasta su transmisión, como consta en el hecho probado segundo, todo el período



constituye un único contrato, con lo que no deviene de aplicación el apartado segundo del párrafo segundo del artículo 27 que limita los efectos de la contrata al último contrato celebrado con la empresa saliente, ya que como se ha dicho el contrato es único todo el período. Por otra parte, la exigencia del precepto de previa sentencia judicial para no aplicar el límite del último contrato no puede constituir un obstáculo al reconocimiento cuando se acredita que no hay fraude alguno y que la empresa reconocía dicha antigüedad pues evidentemente el actor carecería de acción para reclamar una cosa que tiene reconocida" .

Procede pues, al igual que en el caso enjuiciado en la sentencia referida, estimar el recurso del actor y desestimar el de la UTE codemandada, fijándose la indemnización de la siguiente manera al ser el despido con posterioridad a la reforma laboral que eliminó los salarios de tramitación: El salario día asciende a 52.90 partiendo del mensual que figura en el hecho primero de la demanda, al que se refiere la Magistrada y que no ha sido impugnado de contrario; hasta la entrada en vigor del real decreto ley 3/2012, con prorrateo a meses han transcurrido 12 años y tres meses lo que arroja a 45 días por año de servicio una indemnización de 29.161,12 ; en cuanto al período posterior, con prorrateo a meses, son cinco los computables que calculados a 33 días de salario por año de servicio dan un resultado de 727,37 , lo que arroja un montante total, s.e.u.o. de 29.888,49 .

Por lo expuesto, y

EN NO MBRE DEL REY

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la indicada representación de **UTE CONSERVACION PALENCIA JCYL 2012, VIASGON OBRAS Y SERVICIOS, S.L.U. y HERMANOS SASTRE, S.A.** y, al mismo tiempo, **ESTIMAMOS** el interpuesto por el demandante **DON Gregorio** contra la sentencia del Juzgado de lo Social Nº 1 de Palencia de fecha 6 de noviembre de 2.012 , dictada en los autos nº 521/2012, seguidos a instancia del indicado recurrente contra **UTE CONSERVACION PALENCIA JCYL 2012, VIASGON OBRAS Y SERVICIOS, S.L.U., HERMANOS SASTRE, S.A y ZARZUELA S.A. EMPRESA CONSTRUCTORA** sobre **DESPIDO** ; y, en consecuencia, confirmando en lo sustancial la sentencia de instancia la revocamos en el sólo sentido de fijar la indemnización a abonar al actor, en su caso, en **29.888,49 (veintinueve mil ochocientos ochenta y ocho euros con cuarenta y nueve céntimos)** .

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta Capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la correspondiente certificación incorporándose su original al libro de sentencias.

SE ADVIERTE QUE:

Contra la presente sentencia cabe recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en los números 2 y 3 del artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de **600,00 euros** en la cuenta núm. 2031 0000 66 **651/2013** abierta a nombre de la Sección 2ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Español de Crédito (BANESTO), acreditando el ingreso.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso, que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 221 en relación con el 230.2.c de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Firme que sea esta sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de la misma, al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior Sentencia por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, celebrando Audiencia Pública en esta Sala de lo Social. Doy fe.