



Roj: **STSJ M 13342/2014 - ECLI:ES:TSJM:2014:13342**

Id Cendoj: **28079340052014100813**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **20/10/2014**

Nº de Recurso: **81/2014**

Nº de Resolución: **802/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

Sentencia nº 802

Ilma. Sra. D^a Begoña Hernani Fernández :

Presidente :

Ilma. Sra. D^a Aurora de la Cueva Aleu :

Ilma. Sra. D^a Alicia Catalá Pellón :

En Madrid, a veinte de octubre de dos mil catorce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

en el recurso de suplicación nº 81/14-5^a, interpuesto por D. Cosme representado por el Letrado D. José Carlos García García, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 6 de los de Madrid, en autos núm. 397/12 siendo recurrida la CONSEJERÍA DE TRANSPORTES DE LA COMUNIDAD DE MADRID, representada por el Letrado de la Comunidad de Madrid. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. D^a Aurora de la Cueva Aleu.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En el Juzgado de lo Social de procedencia tuvo entrada demanda suscrita por D. Cosme , contra la Consejería de Transportes de la Comunidad de Madrid en reclamación de derechos y cantidad, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio, se dictó sentencia con fecha 15 de octubre de 2013 , en los términos que se expresan en el fallo de dicha resolución.

SEGUNDO: En dicha sentencia, y como **HECHOS PROBADOS** , se declaraban los siguientes:

"PRIMERO.- El demandante D. Cosme , viene prestando servicios para la CONSEJERÍA DE TRANSPORTES E INFRAESTRUCTURAS de la COMUNIDAD DE MADRID, tras haberse producido, por Ley 4/2011 de 28 de Julio,



la extinción del Ente de Derecho Público "MINTRA (Madrid, Infraestructuras del Transporte", con antigüedad de 19/10/2009 y categoría profesional de Vigilante de Obras (Grupo III, Nivel 5, Jefe de Equipo), siendo su relación de carácter laboral.

El personal laboral de MINTRA se regía también por el Convenio Colectivo para el personal laboral de la CAM.

(Hechos de la demanda no controvertidos)

SEGUNDO.- "MINTRA (Madrid, Infraestructuras del Transporte", fue creado por Ley 22/1999, de 21 de diciembre, siendo sus principales funciones:

- La ejecución de infraestructuras de transporte en la Comunidad de Madrid, incluyendo el diseño y protección, la adquisición de terrenos, la contratación de obras y la supervisión de las mismas.

- La gestión y el mantenimiento de las infraestructuras ejecutadas por el Ente.

(Hechos de la demanda no controvertidos)

TERCERO.- El Artículo Único de la Ley 4/2011, de 28 de julio, vino a disponer lo siguiente:

1. Queda extinguida MINTRA (Madrid, Infraestructuras del Transporte), Entidad de Derecho público de las previstas en el artículo 2.2.c).2 de la Ley 1/1984, de 19 de enero, Reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid, creada por la Ley 22/1999, de 21 de diciembre, de Creación del Ente de Derecho Público MINTRA (Madrid, Infraestructuras del Transporte).

2. El conjunto de los bienes, derechos y obligaciones resultantes de la extinción de MINTRA (Madrid, Infraestructuras del Transporte) se integra en la Dirección General de Infraestructuras de la Consejería de transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid, que prestará las funciones que correspondían a dicha entidad.

(Hechos de la demanda no controvertidos)

CUARTO.- Por Acuerdo de la Comisión Paritaria de Vigilancia, Interpretación y Desarrollo del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid, adoptado en sesión 1/2001, de 25 de enero, se acordó mantener el complemento salarial denominado "Plus de Actividad" como complemento por cantidad de trabajo como hizo el artículo 35.3.2.2. del propio Convenio, poniendo de manifiesto que la virtualidad jurídica del mismo no podía ser uniforme para todos los sectores y colectivos profesionales incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio, sino que, por exigencias inherentes a su propia naturaleza de complemento por cantidad de trabajo, su aplicación concreta solo resultaría aplicable en los ámbitos y para los colectivos que en cada Acuerdo de la Comisión Paritaria se determinara y de conformidad con el régimen jurídico allí previsto.

La caracterización jurídica general del Plus de Actividad contenida en dicho Acuerdo, fue la siguiente:

1.- Caracterización jurídica general del Plus de Actividad

1.1 Definición del Plus de Actividad

Es un complemento salarial que retribuye las particulares circunstancias, especialmente en lo atinente a la cuantía de la jornada de trabajo y su ordenación, en que se desarrolla la actividad profesional.

1.2. Notas generales del Plus de Actividad

. Es un complemento por cantidad de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35.3.2.2. del Convenio Colectivo

. Es un complemento no consolidable

. Se percibirá por día efectivo de trabajo. Cuando su cuantía sea mensual, y existan ausencias, aún justificadas al trabajo (permisos y licencias, I.T.etc), se descontará al trabajador la treinteava parte del mismo por cada día de inasistencia al trabajo.

. No se percibirá ni en las pagas extraordinarias ni durante el disfrute de vacaciones.

. Sólo lo percibirá el colectivo incluido en el acuerdo sobre cada situación causal y mientras se mantenga el supuesto de hecho que origina el mismo.

. Es incompatible con la realización de horas extraordinarias y con cualquier otro complemento salarial por cantidad de trabajo.

(Doc. nº 2 de la parte demandada)



QUINTO.- Por Acuerdo de la Comisión Paritaria de Vigilancia, Interpretación y Desarrollo del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid, adoptado en sesión 8/2001, de 28 de junio, se pusieron de manifiesto las dificultades que se habían planteado en MINTRA para acoplar las condiciones de jornada y salario para los empleados provenientes de la Consejería de Oras Públicas, Urbanismo y Transportes, haciendo referencia a que una de las peculiaridades que suponía el trabajar en MINTRA era la plena disponibilidad, ya que la ejecución de las obras se realizaban desde dicho Ente Público durante las 24 horas del día, incluyendo en ese horario los fines de semana y los festivos, habiéndose optado por aplicar un complemento de productividad al personal funcionario, pero no existiendo ningún mecanismo para que el personal laboral pudiera desempeñar las funciones que desde MINTRA se estaban demandando.

Por ello, además de lo dispuesto en el apartado 1 del Acuerdo de la Comisión Paritaria de 25/01/2001, por el que se configuró con carácter general el Plus de Actividad, se estableció por dicha Comisión Paritaria un Régimen Jurídico específico para MINTRA, en los siguientes términos:

3.1 Obligaciones del trabajador

A) Alteración del Descanso Semanal y de la libranza en días festivos, que implica que al trabajador podrá ser modificada la fecha del disfrute del descanso semanal y de los días festivos cuando las necesidades del servicio apreciadas por la Dirección de MINTRA, así lo requieran.

B) Mayor modificación, que implica que el trabajador, cuando las necesidades de MINTRA así lo requieran, vendrá obligado a prolongar su jornada ordinaria de trabajo.

C) Disponibilidad, que implica la obligatoriedad de prestar servicios ante cualquier eventualidad, aunque no sea necesaria su ocupación efectiva durante toda o parte de la jornada.

D) Horario variable, que implica que el trabajador desarrollará su prestación en horario y turnos variables de mañana, tarde y noche, distinto de los suyos habituales, según determine la Dirección de MINTRA.

E) Las obligaciones anteriormente descritas no podrán suponer incremento en el número de jornadas ni de horas de trabajo de cómputo anual.

3.2. Cuantía del Plus

Como contraprestación por las obligaciones contraídas, detalladas en el punto anterior, los trabajadores percibirán el Plus de Actividad de MINTRA en las siguientes cuantías mensuales:

. Nivel retributivo 3	136.500 ptas
. Nivel retributivo 4	139.200 ptas
. Nivel retributivo 5	139.200 ptas
. Nivel Retritutivo 6	139.200 ptas

3.3. Incompatibilidades específicas con otros complementos salariales previstos en el Convenio Colectivo.

La percepción del Plus de Actividad de MINTRA es incompatible, por estar ya incluidos en el mismo, con los siguientes complementos salariales:

- . De jornada nocturna
- . De jornada específica
- . De turnicidad
- . Compensatorio de domingos y festivos
- . Con otros pluses de actividad

(Doc. nº 1 de la parte demandada)

SEXTO.- Además, respecto del colectivo que prestaba servicios en las carreteras, o en el Laboratorio de Control de Calidad de Obras Públicas, se estableció un Régimen Jurídico específico, siendo el ámbito personal afectado y el régimen jurídico establecidos los siguientes:

2.- ÁMBITO PERSONAL

Los trabajadores de las diversas categorías profesionales que realizan funciones:

- De dirección, vigilancia y control de calidad de las obras, así como los trabajadores que realizan funciones de control de los materiales y recogida de muestras y funciones de análisis de las mismas en el Laboratorio de Control de Calidad de Obras Públicas.



- De vigilancia de Explotación de carreteras
- Brigadas de Conservación
- Conductores de vehículos para el traslado de quienes realizan las tareas antes mencionadas.

3.- REGIMEN JURÍDICO

Además de lo dispuesto en el apartado 1 del Acuerdo de la Comisión Paritaria de fecha 25-1-2001, el "Plus de Actividad de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes" queda sujeto al siguiente régimen jurídico:

3.1. Obligaciones del trabajador

A) Exceso de jornada, que implica que el trabajador, cuando las necesidades del Servicio así lo requieran, vendrá obligado a prolongar su jornada ordinaria de trabajo.

B) Diferente ordenación de la jornada a la prevista en el Convenio Colectivo, que implica que el trabajador vendrá obligado, cuando las necesidades del Servicio así lo requieran, a prestar su trabajo en horario distinto del suyo habitual, incluso en sábados, domingos y festivos y en horario nocturno.

3.2. Cuantía del Plus

Como contraprestación los trabajadores percibirán este Plus de Actividad en las siguientes cuantías diarias:

Nivel 1	9,86 E (1.641 ptas)
Nivel 2	10,26 E (1.707 ptas)
Nivel 3	11,09 E (1.845 ptas)
Nivel 4	12,46 E (2.074 ptas)
Nivel 5	13,41 E (2.232 ptas)
Nivel 6	14,74 E (2.452 ptas)
Nivel 7	16,42 E (2.732 ptas)
Nivel 8	17,18 E (2.859 ptas)
Nivel 9	18,78 E (3.125 ptas)
Nivel 10	20,51 E (3.413 ptas)

Las anteriores cuantías se revisarán anualmente de conformidad con lo establecido en el Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid.

Sólo se percibirá el Plus en los días en que el trabajador efectivamente ejecute las obligaciones descritas en el artículo punto 3.1.

3.3. Incompatibilidades específicas con otros complementos salariales previstos en el Convenio Colectivo.

La percepción del Plus regulado en el presente Acuerdo es incompatible, por estar ya incluidos en el mismo, con los siguientes complementos salariales:

- De jornada nocturna
- Compensatorio de domingos y festivos
- Plus de Vialidad invernal.

(Doc. nº 3 de la parte demandada)

SÉPTIMO.- Hasta el mes de Octubre de 2011 el demandante vino percibiendo en concepto de Plus de Actividad, una cantidad de 897,14 euros mensuales.

Durante los meses de Noviembre y Diciembre de 2011 y Enero de 2012, a los que se refiere la reclamación de su primera demanda, y durante los meses de Febrero a Diciembre de 2012 y Enero de 2013 a los que se refiere la reclamación de su segunda demanda, no existe constancia de que el actor hubiera prestado sus servicios en ningún momento con sujeción a las obligaciones descritas en el punto 3.1 del Acuerdo de la Comisión Paritaria transcrito parcialmente en el ordinal anterior.

OCTAVO.- En el supuesto de que prosperaran las reclamaciones de las demandas acumuladas en los presentes autos, las cantidades reclamadas serían correctas en cuanto a su cálculo.



NOVENO.- Se han agotado las reclamaciones administrativas previas".

TERCERO: En esta sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que desestimando las demandas acumuladas en los presentes autos, interpuestas por D. Cosme , contra la CONSEJERÍA DE TRANSPORTES E INFRAESTRUCTURAS de la COMUNIDAD DE MADRID, debo absolver y absuelvo a dicha demandada de las pretensiones deducidas en su contra".

CUARTO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por D. Cosme , siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso el pase de los mismos a Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda formulada por el demandante contra la COMUNIDAD DE MADRID en la que solicitaba que se declarase su derecho a que le respeten los derechos económicos que estuviere disfrutando en la relación con MINTRA y se declare su derecho a cobrar en la Comunidad de Madrid las mismas cuantías que venía percibiendo con anterioridad en MINTRA, en concepto de complemento por cantidad de trabajo (plus de actividad Mintra), como tal concepto o, subsidiariamente, a través del complemento personal transitorio creado por la disposición adicional cuarta de la Ley 8/2010 de la Comunidad de Madrid y se le abone las diferencias salariales que interesa, se interpone el presente recurso de suplicación por el trabajador que tiene por objeto: a) la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia y; b.) el examen de la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia cometidas por la referida resolución.

SEGUNDO .- En el primer motivo formulado al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , interesa el recurrente la revisión del relato fáctico de la sentencia de instancia, concretamente la modificación del ordinal séptimo.

La jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente en esta instancia pudiera resultar en otras superiores.

Sentado lo anterior propone el recurrente la siguiente redacción para el ordinal:

"Hasta el mes de octubre de 2011 el demandante vino percibiendo en concepto de plus de actividad, una cantidad de 897,74 euros, tanto en el Ente de Derecho Público Mintra como en la Comunidad de Madrid.

El actor ha venido realizando funciones de vigilancia de obras fuera del horario habitual, constante realizada una jornada nocturna para una reparación de la línea 10 de Metro Madrid" , con cita en su apoyo de los documentos 3, 13 y 14 (folios 119 a 134, folio 180 y 181 a 209) del ramo de prueba del actor así como testifical practicada.

La revisión no se acoge; en primer lugar porque de los documentos que se citan no consta que se percibiera todos los meses el referido plus de actividad tal y como se desprende de los folios que se indican y en segundo término porque el documento que obra al folio 180 es una testifical documentada inhábil a los fines revisores



al igual que la declaración testifical en la que apoya el párrafo segundo del texto que se pretende incorporar al relato de hechos.

TERCERO .- En el segundo motivo del recurso, formulado al amparo del apartado c) del 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia la infracción del artículo 41 del ET , por considerar que el actor desde que se ha incorporado a la COMUNIDAD DE MADRID continúa desempeñando idénticas funciones, lo que se desprendería del hecho de que la Dirección General de Infraestructuras haya asumido las competencias que anteriormente desempeñara MINTRA y añade que la supresión del plus de actividad que venía percibiendo constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, no habiéndose seguido para ello el procedimiento legalmente exigible. Cita la sentencia de Pleno de esta Sala recaída en el recurso 6923/2011 de 17 de abril de 2012 .

En el tercer motivo, con igual destino, cita como infringido el artículo 3.1.c) del ET y Jurisprudencia aplicable.

Entiende en esencia que estamos en presencia de una condición más beneficiosa adquirida incorporada al nexo contractual y que ha venido siendo percibida pacíficamente desde 2001, habiéndolo mantenido la Comunidad de Madrid hasta noviembre de 2011.

Ambos se resuelven conjuntamente dada su interrelación.

CUARTO .- Ciertamente este Tribunal, en Sala General, dictó sentencia el 17 de abril de 2012 pronunciándose sobre la sucesión contractual por parte de la COMUNIDAD DE MADRID como consecuencia de la extinción del IMADE y este mismo Tribunal, también en Sala General dictó sentencia de 15 de marzo de 2013 , en la que también se abordaba qué condiciones económicas se debían respetar en estos casos y en este sentido se señalaba: " **OCTAVO**. *En el siguiente motivo, ordenado como quinto, con el mismo designio que el precedente, denuncia infracción del artículo 44 del ET y 18 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales , Administrativas y de Racionalización del Sector Público, así como doctrina judicial y jurisprudencial asociada a la subrogación empresarial y sucesión de empresas, haciendo especial hincapié en la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 15 de diciembre de 2011, recurso 5648/2011 .*

Afirma la parte recurrente, en síntesis de su alegato, que nos encontramos ante una auténtica subrogación empresarial de las previstas en el artículo 44 del ET , que se realiza de manera difusa con la absorción de actividades desarrolladas por el IMADE, reubicándola en la actividad genérica de quien la ha absorbido, y no ante una mera reorganización administrativa en virtud de competencias legislativas, como asevera el iudex a quo, ya que la extinción del IMADE no ha ido acompañada paralelamente de la extinción de su propia actividad, antes bien, ha integrado el conjunto de bienes, derechos y obligaciones resultantes en la Comunidad de Madrid, incluyendo su presupuesto aprobado en fecha 23 de diciembre de 2010 (folios 156 a 168, y 170 a 173 de autos) y los planes de actuación. En fin, estaríamos ante la excepción contemplada en la disposición adicional cuarta de la Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2011 , a que se ha hecho mención más arriba, impidiendo por ello la reducción operada en sus retribuciones.

Para la CAM, por el contrario, en su escrito de impugnación al recurso, no es cierto que la actividad desarrollada por el IMADE haya sido asumida en su integridad por la Consejería de Economía y Hacienda, ni que se haya transmitido una unidad productiva, tan es así que el personal laboral fijo del IMADE se ha incorporado de forma provisional hasta la asignación de destino definitivo en la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía y Hacienda, lo que corrobora el artículo 7.3 del Decreto 89/2010, de 23 de diciembre, del Consejo de Gobierno , previendo que dicho personal puede ser adscrito a sectores prioritarios de sanidad, educación, servicios sociales, empleo y justicia de la Administración de la CAM.

NOVENO. *Los argumentos de la sentencia de la Sección Tercera de este Tribunal de 15 de diciembre de 2011, recurso 5648/2011 , para estimar se ha producido una sucesión de empresas se condensan en su fundamento cuarto afirmando que:*

"Al efecto la extinción legislativa del IMADE se acompaña de la previsión legislativa de la sucesión jurídica del mismo por la Comunidad de Madrid en el que se integrarán "el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones resultantes en la extinción" (art. 18 de la Ley), sucesión jurídica universal que se traslada al ámbito laboral en la Disposición Adicional Cuarta. Sucesión laboral que se ha producido de manera efectiva en cuanto, por exigencias del art. 10 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid , el personal laboral del IMADE ha sido reasumido por la Comunidad salvo la minoría del personal temporal, minoría que no cuestiona el hecho de la subrogación efectiva que es el presupuesto del derecho a la subrogación de la integridad de los trabajadores con contrato no extinguido por razones puramente temporales y de especial aplicación cuando el fenómeno subrogatorio se hace opaco por la ubicación difusa de una específica actividad económica en otra, más amplia, que la trasciende, como pasa en el caso de autos, en el que la extinción de la personalidad de un organismo público no ha sido acompañada de la supresión de su actividad empresarial sino de la reorganización



de la misma, reubicándola, por razones organizativas, en la actividad genérica que la ha absorbido. Que ello es así -que a la extinción del empresario no le ha seguido la extinción de la actividad económica empresarial- lo evidencia que la propia norma no extingue el "conjunto" patrimonial organizado que es la empresa sino que lo integra -y no lo liquida- en la Comunidad (art. 18), y tal previsión ha sido seguida de la integración también de la inmensa mayoría de la plantilla laboral, o sea, además de la sucesión patrimonial ha habido una sucesión de plantilla, independientemente de que tal sucesión se efectúa por absorción, y por lo tanto privando de autonomía productiva, ad futurum, a la empresa asumida, lo que forma parte del iusvariandi empresarial que no empece, ni puede soslayar, la realidad sucesoria".

DECIMO. Como este Tribunal ha sintetizado en numerosas sentencias (entre otras las de 14-7-2008, rec. 2089/08 , 13-11-09, rec. 4324/09 , y 2-3-12, rec. 5806/2011) los distintos supuestos de subrogación empresarial, asumiendo la patronal entrante los derechos y obligaciones de la empresa saliente, se reconducen en la actualidad a los siguientes:

A). Art. 44 del ET , reformado al compás de las Directivas comunitarias e interpretación de la jurisprudencia del TJCE, condicionado al requisito subjetivo de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y al objetivo de la entrega o aporte de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas para la continuidad de la actividad productiva.

B). Sucesión empresarial por disponerlos los pliegos de concesiones administrativas, cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos previstos en los mismos.

C). Subrogación empresarial convencional por así disponerlo los Convenios colectivos, aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales, contrayéndose a los casos expresadamente pactados y en tanto se hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos en la norma estipulada para que surta efecto, no dándose si se incumpliera alguno de ellos (SSTS 10-12-97 , 9-2 y 31-3-1998 , 30-9-99 y 29-1-2002).

D). Sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del art. 44 del ET , supuesto a que hace méritos una copiosa jurisprudencia del TS referida a las empresas de handling, (por todas STS 29- 2-2000), que constituye una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art. 1205 del Código Civil .

E). Sucesión de plantillas, aun no dándose tampoco los presupuestos del art. 44 del ET ni prever la subrogación el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones, figura esta nacida de la jurisprudencia del TJCE, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo (asumir por ejemplo la empresa entrante dos trabajadores sobre un total de seis, STS de 25-1-2006), como cualitativo (STSJ de Castilla-León de 31-10-2007), siempre que la actividad productiva descansa esencialmente en la mano de obra. Aquí, la organización productiva, es la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados, y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad. Este supuesto ha sido aceptado por la Sala Cuarta del TS en su sentencia de 27-10-2004 , (aun suscitando en la misma ciertas "reservas", entre otras razones, "por el efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger"), ya que la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el TS que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece.

DÉCIMO-PRIMERO. Ciñéndonos al supuesto del artículo 44 del ET la jurisprudencia ha analizado de manera recurrente los elementos que deben concurrir para poder dar aplicación a dicho precepto, precisando qué acto tiene entidad transmitente, cuál es el objeto de la transmisión y cómo debe entenderse ese fenómeno en el caso de que afecte a Administraciones públicas.

Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 23/10/09 (rec. 2684/2008) indica:

"Una primera precisión sobre el concepto de transmisión o traspaso de empresa del nuevo art. 1 de la Directiva Comunitaria se refiere a los actos de transmisión de empresa comprendidos en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria, que pueden ser una "cesión contractual" o una "fusión" (art. 1.a.). Una segunda precisión versa sobre el objeto de la transmisión en dichos actos de transmisión o traspaso, que comprende en principio cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiendo por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria" (ar. 1.b). Una tercera precisión del concepto de transmisión de empresa en el Derecho Comunitario, que no viene al presente caso, trata de las modalidades de su aplicación en las empresas y Administraciones Públicas (art. 1.c.)"



(...)El elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos ahora examinados, consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986 (TJCE 1986, 65), Spijkens, 24/85 ; de 11 de marzo de 1997 (TJCE 1997, 45), Süzen, C-13/95; de 20 de noviembre de 2003 (TJCE 2003, 386), Ablery otros, -340/01 y de 15 de diciembre de 2005 (TJCE 2005, 406), Guney- Gorres, C.232/04 y 233/04). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (sentencia de 19 de septiembre de 1995 (TJCE 1995, 154), Rygaard, C- 4888/94), infiriéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Süzen y Abler y otros, antes citadas).

Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, 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 y 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 de la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (asunto Süzen antes citado)".

DÉCIMO-SEGUNDO. La Sala constituida en Pleno estima que se ha producido una transmisión de la actividad productiva y de funciones del IMADE a la CAM, integrándose el primero, una vez extinguido, en la segunda. Nos encontramos así ante la sucesión jurídica o subrogación empresarial preconizada por la parte recurrente al absorberse las funciones del IMADE por la CAM.

En efecto, el contenido de las funciones del IMADE se confunde y es inseparable de la actividad administrativa de fomento realizada por la comunidad autónoma de Madrid, como se advierte del art. 26.1.17 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, por la que se aprobó el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, conforme al cual una de las competencias propias de ésta consiste en el "Fomento del desarrollo económico de la Comunidad de Madrid, dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional". En su virtud, que una entidad de Derecho Público como el IMADE desaparezca no supone inercialmente que sus funciones no hayan sido asumidas por una Administración Pública. Además, la ley autonómica de la Comunidad de Madrid 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público CM (BOCAM 29/12/10), acometió un Plan de reordenación del sector autonómico público madrileño, vinculado a la consecución de los objetivos de la Ley de Presupuestos Generales de la CM para 2011. Su disposición final primera acordó en sus tres primeros apartados:

- " 1. Se autoriza al Consejo de Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de la presente ley.
2. Por el Consejo de Gobierno se adoptarán las medidas necesarias para asignar las competencias que como consecuencia de la entrada en vigor de esta ley se atribuya a la Administración de la Comunidad de Madrid. A tal fin, en el plazo de un mes a partir de la entrada en vigor de esta ley el Consejo de Gobierno procederá a aprobar los correspondientes decretos con el objeto de adecuar la estructura de la Comunidad de Madrid a la racionalización del sector público prevista en la presente ley".

Junto a continuidad de la actividad productiva del IMADE por la CAM se observa paralelamente una transmisión de elementos materiales, infraestructuras, bienes, derechos y obligaciones del primero a la segunda. La Ley autonómica 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público CM (BOCAM 29/12/10) acometió un Plan de racionalización del sector autonómico público madrileño, mediante la articulación de un conjunto de medidas, entre las cuales:

"En primer lugar, se declara la extinción de los siguientes entes públicos y Entidades de Derecho público: Instituto Madrileño de Desarrollo, Consejo de la Mujer, Consejo de la Juventud, Instituto de Nutrición y Trastornos Alimentarios de la Comunidad de Madrid, así como los organismos autónomos de carácter administrativo Patronato Madrileño de Áreas de Montaña, Instituto Madrileño de Administración Pública y Agencia Financiera de Madrid".

Y en concreto el art. 18 de la calendada disposición legal acordó:

"Queda extinguido el Instituto Madrileño de Desarrollo, Entidad de Derecho Público de las previstas en el artículo 2.2.c.2 de la Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de



Madrid, creado por la Ley 12/1984, de 13 de junio, de creación del Instituto Madrileño de Desarrollo, integrándose el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones resultantes de su extinción en la Comunidad de Madrid".

Es evidente que, sobre la base de la existencia de una sucesión empresarial, no es el caso de aplicar la disposición final 4ª de la Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2011 (BOCAM nº 310/2010, de 29 de diciembre de 2010, BOE 62/2011, de 14 de marzo de 2011), ya que la misma excepciona tal supuesto sucesorio de la integración del personal procedente del IMADE en los Grupos de Clasificación, Categorías Profesionales y Niveles Salariales previstos en el Convenio de Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, debiéndose, en su consecuencia, respetar el salario (como veremos después limitado al salario base y complementos personales) que los actores tenían como trabajadores del extinto IMADE.

DÉCIMO-TERCERO. Una puntualización antes de continuar: La sucesión empresarial que aquí mantenemos no es contradictoria con nuestra sentencia, también dictada en Pleno, de 17 de abril de 2012, rec. 6023/2011, en la que el debate sobre este extremo quedó diferido para otro momento. Lo que afirmamos entonces en esta última resolución -fundamento décimo-sexto- es que, a la fecha del acto extintivo del contrato de la actora en ese procedimiento con el IMADE, el 27 de diciembre de 2010, con efectos del 31 de diciembre de 2010, todavía no se había producido la extinción del IMADE, que lo fue con efectos del 1 de enero de 2011, y por consiguiente, no se produjo la sucesión jurídica en ese momento, pero sin descartarla con posterioridad.

DÉCIMO-CUARTO. El último motivo del recurso, ordenado como sexto, denuncia infracción del art. 3.1.c) del ET relativo al principio de intangibilidad material de la condición más beneficiosa, en la consideración de que el mismo impide que las ventajas individuales o plurales que se incorporan al nexo contractual puedan ser suprimidas de manera individual por el empresario, o sin acudir a la vía específica de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de manera que no es viable la reducción del salario, puesto que las retribuciones indebidamente reducidas o suprimidas no derivan de normas convencionales, sino directamente de decisiones unilaterales del IMADE, que de manera voluntaria y libre, y con voluntad de permanencia, consolida a los trabajadores el salario base, plus personal y complementos funcionales de cantidad y calidad de trabajo.

Doctrina y jurisprudencia, con fundamento en el actual art. 3.1, c) ET, vienen refiriéndose a la figura o principio de la condición más beneficiosa para aludir a la técnica conforme a la cual la empresa ha de respetar las ventajas que el trabajador disfrute por concesión unilateral o pacto individual, sin que puedan ser reducidas o socavadas por decisiones o normas ulteriores a su efectiva incorporación al nexo obligacional.

Conforme a doctrina jurisprudencial consolidada, la condición más beneficiosa no puede confundirse con las situaciones de mera tolerancia o liberalidad empresarial, por muy duraderas que éstas se presenten en el tiempo. Para que el beneficio ingrese en el patrimonio jurídico del trabajador no basta -más aún, no es necesaria- la persistencia o repetición en su disfrute; es preciso que la ventaja concedida responda inequívocamente a la voluntad empresarial de mejorar lo dispuesto en las normas legales y/o convencionales. Lo fundamental, en definitiva, para que surja una condición más beneficiosa es que la ventaja que se conceda se haya incorporado al nexo contractual «en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho» (STS 21 febrero 1994); que cualquiera que sea el título originario de la concesión, constituya un derecho adquirido y no un mero uso de empresa.

En el caso presente no hay base para entender estemos ante una condición más beneficiosa, sino que el personal del IMADE tenía, atendiendo a su propia normativa interna, sus peculiaridades y ventajas en los niveles salariales respecto a otros trabajadores de la CAM, que dejaron de disfrutar tras ejercitar la correspondiente opción e integrarse en la plantilla de la Comunidad de Madrid. Eso sí, al haberse producido una sucesión de empresa del art. 44 del ET, la Comunidad de Madrid, en cuanto nuevo empresario, se subroga en los derechos y obligaciones laborales del IMADE, lo que el Pleno de esta Sala estima ha de comprender y circunscribirse al salario base como retribución fijada por unidad de tiempo y los complementos anudados a las condiciones personales que los actores percibían en el IMADE, pero no así a los complementos relacionados con las circunstancias y funciones del puesto de trabajo, ni a los de cantidad y calidad de trabajo, al no ser consolidables, debiéndose estar en cuanto a estos últimos a los que corresponda percibir conforme al Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid".

Aplicando el criterio que recoge la referida resolución al supuesto de autos debemos desestimar el recurso formulado por la parte actora y declaramos que la subrogación se circunscribe al salario base como retribución fijada por unidad de tiempo y los complementos anudados a las condiciones personales que percibía el actor, pero no así al plus de actividad, pues ese plus se abonaba en MINTRA a los trabajadores que efectivamente ejecuten las obligaciones que describe el punto 3.1 del Acuerdo de la Comisión Paritaria a que refiere el hecho probado 5º de la sentencia recurrida:



"-Alteraciones del Descanso Semanal y de la libranza en días festivos, que implica que al trabajador podrá ser modificada la fecha de disfrute del descanso semanal y de los días festivos cuando las necesidades del servicio apreciadas por la Dirección de MINTRA así lo requieran.

-Mayor dedicación, que implica que el trabajador, cuando las necesidades de MINTRA así lo requieran, vendrá obligado a prolongar su jornada ordinaria de trabajo.

-Disponibilidad, que implica la obligatoriedad de prestar servicios ante cualquier eventualidad, aunque no sea necesaria su ocupación efectiva durante toda o parte de la jornada.

-Horario variable, que implica que el trabajador desarrollará su prestación en horario y turnos variables de mañana, tarde y noche, distinto de los suyos habituales, según determine la Dirección de MINTRA.

-Las obligaciones anteriores descritas no podrán suponer incremento en el número de jornadas ni de horas de trabajo en cómputo anual".

Introduciendo también la particularidad de la incompatibilidad, por estar ya incluidos en el mismo, con los complementos salariales de jornada nocturna, jornada específica, turnicidad, compensatorio de domingos y festivos y con otros pluses de actividad y no consta tal y como se refleja en el hecho probado séptimo que el actor hubiera prestado sus servicios con sujeción a las obligaciones descritas en el punto 3.1 del Acuerdo de la Comisión Paritaria de Vigilancia, Interpretación y Desarrollo del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid .

En cuanto a la necesidad de acudir por la empresa al procedimiento previsto en el artículo 41 del ET como sostiene la recurrente, la Sala considera que no es preciso al no estar en presencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo como ya se ha indicado.

Los motivos y el recurso se desestiman confirmando la sentencia recurrida.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Cosme , frente a la sentencia de 15 de octubre de 2013 del Juzgado de lo Social nº 6 de los de Madrid , dictada en los autos 397/2012, seguidos a instancia del recurrente contra la COMUNIDAD DE MADRID y en su consecuencia confirmamos la citada resolución. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por correo certificado con acuse de recibo que se unirá a los autos, conforme establece el art. 56 LRJS , incluyendo en el sobre remitido copia de la presente resolución.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala y expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de suplicación.

Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-0081-14 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sito en Paseo del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria de 20 dígitos (CCC) siguiente:

Clave entidad

0049

Clave sucursal

3569

D.C.



92

Número de cuenta

0005001274

I.B.A.N: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

2. En el campo **ORDENANTE** , se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.

3. En el campo **BENEFICIARIO** , se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.

4. En el campo " **OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA** " , se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento.

MUY IMPORTANTE: Estos 16 dígitos correspondientes al Procedimiento tienen que consignarse en un solo bloque. Es importante que este bloque de 16 dígitos este separado de lo que se ponga en el resto del campo por espacios.

Si no se consignan estos dieciséis dígitos o se escriben erróneamente, la transferencia será repelida por imposibilidad de identificación del expediente judicial y será devuelta a origen , pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe en la Sala de Audiencias de este Tribunal, firmada por los tres Magistrados en esta misma fecha para su notificación. Doy fe.