



Roj: **STSJ CLM 401/2016 - ECLI:ES:TSJCLM:2016:401**

Id Cendoj: **02003340022016100076**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **18/02/2016**

Nº de Recurso: **1801/2015**

Nº de Resolución: **226/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **LUISA MARIA GOMEZ GARRIDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL

ALBACETE

SENTENCIA: 00226/2016

-

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE

Tfno: 967 596 714

Fax: 967 596 569

NIG: 02003 34 4 2015 0106674

402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0001801 /2015

Procedimiento origen: DEMANDA 0000391 /2014

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña

ABOGADO/A:

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña:

ABOGADO/A:

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRENTES Y RECURRIDOS: EIFFAGE ENERGIA SL Y D. Segundo Y OTROS

MAS RECURRIDOS: UMANO SERVICIOS INTEGRALES SL. PROCURADORA MARIA TERESA AGUADO SIMARRO.
ABOGADA RAQUEL GARCÍA MADERO

MAS RECURRIDOS: IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA SAU, SEGURIBER SLU y FOGASA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 002 (C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE)

RECURSO SUPPLICACION Nº 1801/15



Magistrado/a Ponente: Ilma. Sra. D^a. LUISA MARÍA GÓMEZ GARRIDO

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D. JOSÉ MONTIEL GONZÁLEZ

PRESIDENTE

D^a. PETRA GARCÍA MÁRQUEZ

D^a. LUISA MARÍA GÓMEZ GARRIDO

En Albacete, a dieciocho de febrero de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados citados al margen, y

EN NOMBRE DE SM EL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA N^o 226/16

En el Recurso de Suplicación número 1801/15, interpuesto por EIFFAGE ENERGÍA SL, D. Segundo , D. Benjamín , D. Felipe , D. Luciano y D. Severino , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Albacete, de fecha trece de enero de dos mil quince , en los autos número 391/14, sobre Despido, siendo recurrido EIFFAGE ENERGÍA SL, D. Segundo , D. Benjamín , D. Felipe , D. Luciano y D. Severino , UMANO SERVICIOS INTEGRALES SL, IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA SAU, SEGURIBER SLU y FOGASA.

Es Ponente el Ilma. Sra. Magistrada D^a. LUISA MARÍA GÓMEZ GARRIDO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la Sentencia recurrida dice en su parte dispositiva: FALLO: Que ESTIMANDO las demandas interpuestas por D. Segundo , D. Benjamín , D. Felipe , D. Luciano y D. Severino asistidas del Letrado D. Agustín Zamora Pocoví contra la mercantil "EIFFAGE ENERGÍA S.L." contra "UMANO SERVICIOS INTEGRALES S.L." y contra "IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.A.U.", debo DECLARAR Y DECLARO LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO del que ha sido objeto los demandantes y, en consecuencia debo condenar y condeno a "EIFFAGE ENERGÍA S.L." a estar y pasar por la anterior declaración, debiendo optar "EIFFAGE ENERGÍA S.L." en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, entre la readmisión de los actores o el abono en concepto de indemnización las siguientes cantidades:

1.- A D. Segundo , la cantidad de 22.348,76 €

2.- A D. Benjamín , la cantidad de 30.201,95 €

3.- A D. Felipe , la cantidad de 40.382,24 €

4.- A D. Luciano , la cantidad de 30.089,66 €

5.- A D. Severino , la cantidad de 21.191,52 €

Con abono, en caso de optar por la readmisión, de los salarios de tramitación legalmente procedentes.

Que DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la mercantil "UMANO SERVICIOS INTEGRALES S.A." y a "IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.A.U." de los pedimentos formulados de contrario.

SEGUNDO .- Que en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos:

PRIMERO.- La parte actora se halla integrada por los siguientes trabajadores:

1.- D. Segundo , con N.I.F. n^o NUM000 , ha venido prestando servicios para "EIFFAGE ENERGÍA S.L." en virtud de contrato de duración indefinida a jornada completa, con categoría profesional de oficial 1^a, antigüedad de fecha 12 de diciembre de 2005 y salario de 65,78 euros €/día, con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias, siendo de aplicación el Convenio colectivo de la Siderometalurgia de Albacete (hecho no controvertido)

2.- D. Benjamín , con N.I.F. n^o NUM001 , ha venido prestando servicios para "EIFFAGE ENERGÍA S.L." en virtud de contrato de duración indefinida a jornada completa, con categoría profesional de capataz, antigüedad de fecha 25 de noviembre de 2003 y salario de 69,67 €/día, con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias, siendo de aplicación el Convenio colectivo de la Siderometalurgia de Albacete (hecho no controvertido)



3.- Felipe , con N.I.F. nº NUM002 , ha venido prestando servicios para "EIFFAGE ENERGÍA S.L." en virtud de contrato de duración indefinida a jornada completa, con categoría profesional de capataz, antigüedad de fecha 2 de enero de 2003 y salario de 85,06 €/día, con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias, siendo de aplicación el Convenio colectivo de la Siderometalurgia de Albacete (hecho no controvertido)

4.- D. Luciano , con N.I.F. nº NUM003 , ha venido prestando servicios para "EIFFAGE ENERGÍA S.L." en virtud de contrato de duración indefinida a jornada completa, con categoría profesional de oficial 2ª, antigüedad de fecha 2 de enero de 2003 y salario de 63,38 €/día, con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias, siendo de aplicación el Convenio colectivo de la Siderometalurgia de Albacete (hecho no controvertido)

5.- D. Severino con N.I.E. nº NUM004 , ha venido prestando servicios para "EIFFAGE ENERGÍA S.L." en virtud de contrato de duración indefinida a jornada completa, con categoría profesional de oficial 1ª, antigüedad de fecha 23 de enero de 2006 y salario de 63,07 €/día, con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias, siendo de aplicación el Convenio colectivo de la Siderometalurgia de Albacete (hecho no controvertido)

La actora no ostenta o han ostentado en el año anterior a su despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

SEGUNDO.- Con fecha 31 de enero de 2014, la mercantil "EIFFAGE ENERGÍA S.L." comunicó por escrito a cada uno de los actores que " *Le informamos que, según comunicación recibida de nuestro cliente IBERDROLA SA, EIFFAGE ENERGÍA SLU dejará de prestar los servicios en el proyecto STAR, tal y como venía haciendo en la provincia de Albacete, en cuya contrata estaba Vd. adscrito prestando sus servicios para EIFFAGE ENERGÍA SLU.*

Mediante este escrito, le comunicamos que dejará de prestar dichos servicios para EIFFAGE ENERGÍA SLU con fecha de efectos del 31 de enero de 2014, al no ser esta empresa ya la adjudicataria de los servicios del proyecto STAR indicados, causando Vd. alta en la nueva titular de la contrata, SEGURIBER- UMANO,...quien le deberá respetar todos los derechos, obligaciones y adscripción al puesto de trabajo que tiene actualmente con EIFFAGE ENERGÍA SLU tal y como establece el artículo 26 del Convenio Colectivo del Metal de la provincia de Albacete" (documental del ramo de prueba de la actora)

Con fecha 31 de enero de 2014 la mercantil EIFFAGE, comunicó al Comité de Empresa del centro de Albacete, el fin de la relación mercantil con IBERDROLA SA en la prestación de servicios en el proyecto STAR en la provincia de Albacete, en los términos recogidos en el documento nº 5 quinquies del ramo de prueba de EIFFAGE, cuyo contenido damos por reproducido.

En escrito de fecha 31 de enero de 2014, la mercantil EIFFAGE, comunicó UMANO el personal de EIFFAGE SLU sujeto a subrogación por parte de UMANO, adscrito al servicio del proyecto STAR, entre los que se hallaban los demandantes, en los términos recogidos en el documento nº 6 ramo de prueba de EIFFAGE.

En escrito de fecha 31 de enero de 2014, la mercantil UMANO contesta a EIFFAGE que " *...entendemos que no es de aplicación la figura de la subrogación para los trabajadores que ustedes relacionan en su escrito...Por un lado, según información recabada por esta empresa, no existe una identidad en los servicios que usted ha venido ejecutando hasta el día de hoy...Se nos han adjudicado unos servicios conforme al acuerdo marco de "Contratista de Medida" para las provincias de Albacete y Cuenca...Por otro lado, hay que indicar que Umano Servicios posee su propio convenio de empresa por lo que no serían de aplicación los convenios aludidos por ustedes. Por último, tampoco sería de aplicación el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , puesto que no estamos ante el supuesto que se recoge en su punto segundo"* (documento 6 bis del ramo de prueba de EIFFAGE)

En escrito de fecha 12 de febrero de 2014, EIFFAGE comunica a UMANO el envío de documentación relativa a los trabajadores adscritos al servicio (documento 6 quarter del ramo de prueba de EIFFAGE)

TERCERO.- El Acuerdo Marco de Prestación de Servicios de Instalación de Medida de fecha 13 de julio de 2011 entre la mercantil IBERDROLA S.A. y la mercantil EIFFAGE ENERGÍA S.L.U., obrante al documento nº 3 ramo de prueba de la demandada EIFFAGE, cuyo contenido damos por reproducido, se indica que su objeto es establecer las condiciones para la prestación por parte del contratista, EIFFAGE, a su riesgo y ventura y para IBERDROLA o cualquiera de las empresas del grupo, el servicio "Instalación Medida STAR en el ámbito geográfico de Albacete capital, Alicante (Marina Alta) y Valencia capital.

Mediante escrito de fecha 27 de noviembre de 2013, IBERDROLA comunicó a la mercantil EIFFAGE, su intención de no prorrogar el Acuerdo Marco más allá del 31 de enero de 2014, por lo que vencerá definitivamente en dicha fecha (documento 3 bis del ramo de prueba de EIFFAGE)

CUARTO.- En virtud del Acuerdo Marco de Prestación de Servicios de fecha 10 de febrero de 2014 entre la mercantil UMANO SERVICIOS INTEGRALES SLU y la mercantil IBERDROLA DISTRIBUCIÓN, obrante al documento 3 ter del ramo de prueba de EIFFAGE, cuyo contenido damos por reproducido, se acuerda la prestación de servicios por la contratista Umano, para Iberdrola Distribución de los relacionados en la cláusula



primera y entre ellos, campañas de instalación de contadores de telegestión (STAR) en el ámbito territorial de Albacete/Cuenca.

QUINTO.- El Convenio Colectivo de Industrias y Servicios del Metal de la Provincia de Albacete 2012/2013, contempla en su artículo 27 una cláusula de estabilidad en cuya virtud se establece que " *Las empresas afectadas por el presente Convenio, cuya actividad sea la contratación con carácter permanente con administraciones públicas, o empresas privadas, de contratadas y subcontratadas y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 44 del E.T. , la empresa que sustituya a la anterior adjudicataria, a la extinción o conclusión del contrato, vendrá obligada a subrogarse y a absorber a los trabajadores de esta, adscritos a este servicio, en las mismas condiciones contractuales, respetando su antigüedad, salario según nómina y demás derechos laborales*" (documento nº 7 bis del ramo de prueba de la demandada EIFFAGE).

El Convenio colectivo de UMANO no contempla previsión alguna de subrogación empresarial en los supuestos de sucesión de contratadas (documento nº 8 de prueba de la demandada EIFFAGE)

SEXTO.- Los trabajadores demandantes, prestaban servicios tanto para el proyecto "STAR" como para otros servicios requeridos por EIFFAGE, tales como funciones de mantenimiento en Ayuntamientos, alumbrados, líneas de tensión, centros de transformación, conexiones eléctricas, mantenimiento de instalaciones en ferias, etc. (declaración testigo Higinio).

Para la realización de los servicios propios del proyecto STAR, los trabajadores utilizaban un vehículo, un teléfono y herramientas básicas (declaración testigo Raúl),

Se dan por reproducidos los partes de trabajo de los actores, obrante al documento nº 5 quarter del ramo de prueba de EIFFAGE.

SÉPTIMO.- Con fecha 20 de marzo de 2014 se celebró acto de conciliación ante el UMAC de Albacete que terminó intentado sin efecto por incomparecencia de la empresa demandada.

TERCERO .- Que, en tiempo y forma, se formuló Recurso de Suplicación contra la anterior Sentencia, en base a los motivos que en el mismo constan.

Dicho Recurso ha sido impugnado de contrario.

Elevadas las actuaciones a este Tribunal, se dispuso el pase al Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : El juzgado de lo social nº 3 de Albacete dictó sentencia de 13-1-15 por la que estimando en parte la demanda, declaraba la improcedencia del despido producido, declarando la responsabilidad de la empresa "Eiffage Energía SL". Contra tal resolución se alza en suplicación por un lado la empresa condenada, esgrimiendo con correcto amparo procesal, un motivo orientado a la revisión fáctica al amparo de la letra b/, y otro orientado a la revisión del derecho aplicado al amparo de la letra c/, en todo caso del art. 193 de la LRJS . Y por otro la parte demandante, que formaliza un motivo dedicado a la revisión de los hechos probados al amparo de la letra b/, y otro motivo dedicado a la revisión del derecho aplicado al amparo de la letra c/, del mismo precepto ya reseñado.

SEGUNDO : El recurso de la empresa condenada sitúa en último lugar el intento de revisión fáctica, que por obvias razones será resuelto no obstante en primer lugar.

En tal sentido, se solicita la modificación del ordinal sexto de la sentencia de instancia, con objeto de hacer una mención a la adscripción de los trabajadores a un cierto proyecto (el Star), o si realizaban o no otro tipo de trabajos. Tal pretensión debe rechazarse por dos causas.

Primera, por su completa inutilidad, ya que la sentencia de instancia no discute la adscripción principal de los trabajadores al indicado proyecto, y de hecho centra toda su fundamentación en la posibilidad de que un convenio de empresa excluya la subrogación prevista en el convenio de superior ámbito. Y lo mismo hace el recurso que ahora se resuelve, que solo aborda tal cuestión, a pesar de una mención al proyecto en el motivo de revisión jurídica, anodina a los efectos que ahora nos ocupan.

Y segunda, porque no se designa documento alguno del que pueda derivarse la existencia del pretendido error en la manera exigida por la jurisprudencia, esto es, material, directa, patente, y no precisada de integración. Y por el contrario, se quiere valorar de manera conjunta una pluralidad de documentos de manera reservada a la juzgadora de instancia.

TERCERO : En el motivo del recurso que la empresa condenada "Eiffage Energía SL", dedica a la revisión jurídica, se invoca la infracción de los arts. 44 y 84.2 del ET , así como 56 y 82.3 del mismo texto, en relación al art.



27 del Convenio Colectivo de industrias y Servicios del Metal de la Provincia de Albacete, y jurisprudencia que se cita, por entender en lo sustancial, que no la mercantil en cuestión no puede ser declarada responsable del despido producido al no asumirse al trabajador afectado.

La correcta decisión de la cuestión así planteada hace necesario un breve resumen de los hechos y antecedentes relevantes para el caso. En lo sustancial y por lo que ahora interesa, los trabajadores demandantes venía prestando sus servicios por cuenta de la empresa "Eiffage Energía SL", adscritos al servicio técnico que se describe en la sentencia de instancia, que había adjudicado a la indicada la mercantil "Iberdrola Distribución Eléctrica SAU". Con efectos laborales del 31-1-14, la empresa principal realiza una nueva adjudicación del servicio a la mercantil "Umano Servicios Integrales SL", por lo que la hasta entonces empleadora notifica al interesado que pasaría a prestar servicios para la nueva adjudicataria, dado que el Convenio Colectivo del metal de la provincia de Albacete aplicable, preveía una cláusula de estabilidad que establecía la obligación de la empresa entrante de asumir a los trabajadores de la saliente.

Ocurre que la empresa entrante se negó a asumir a los trabajadores adscritos al servicio adjudicado, incluidos los hoy demandantes, con base en que su propio convenio colectivo de empresa (que es el publicado en el BOE de 6-8-12), no establece obligación alguna de subrogación del personal adscrito para el caso de adjudicación de obra o servicio.

En consecuencia, la cuestión debatida se circunscribe a determinar si un convenio colectivo de empresa puede incidir, dejando sin efecto, en lo resuelto en un convenio de ámbito sectorial, en relación a la obligación de subrogación de los trabajadores adscritos a una contrata, en los términos ya descritos. Debemos advertir que tal cuestión ha sido ya resuelta por esta misma Sala y sección en numerosas sentencias anteriores, entre las que cabe citar, entre otras, las de 16-7-15 (rec. 497/2015), 11-9-15 (rec. 539/2015), 13-11-15 (recs. 1116, 1117 y 1118/15) y 17-12-15 (rec. 1434/15), variando tan solo en ocasiones la identidad de la empresa saliente, y a lo ya dicho en aquellas habrá de estarse por elementales criterios de coherencia y seguridad jurídica, en cuanto conforman ya un sólido cuerpo de doctrina.

En concreto, decíamos en las cuatro últimas resoluciones reseñadas:

" En efecto y como ya dijimos en aquellas resoluciones precedentes, no ofrece duda, ni nosotros vamos ahora a insistir en ello, en el hecho de que no nos encontramos ante un caso de sucesión del art. 44 del ET , ni en la modalidad clásica y originaria de transmisión de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva, que incluya activos materiales significativos, ni en la más moderna versión que con apoyo en los pronunciamientos del TJUE, incluye también los supuestos de sucesión de plantilla, esto es, cuando no existiendo propiamente cesión de activos materiales porque la actividad se gota básicamente en la prestación del servicio del que se trata, se asume por la empresa entrante toda o gran parte de la plantilla. Se trata más bien de una obligación de subrogación en las relaciones laborales de la plantilla adscrita al servicio, impuesta por el convenio colectivo, que no ofrece duda en cuanto a su posibilidad, en los términos establecidos convencionalmente

Pues bien, importa señalar que en el concreto caso que nos ocupa, el convenio colectivo de empresa no establece una regulación específica sobre la materia, porque en tal caso, nuestras consideraciones deberían fundarse en argumentos distintos a los que ahora se ofrecen. Lo que ocurre es que en el indicado convenio de empresa guarda silencio sobre la cuestión relativa a una eventual subrogación de personal, y por ello la empresa Umano entiende que ninguna obligación le es exigible al respecto, en cuanto sería de aplicación la normativa general (que como ya hemos dicho no puede ser el art. 44 del ET), en cuanto que el art. 72 del reseñado convenio de empresa dice: "En lo no regulado por el presente Convenio Colectivo , y dada la no existencia de convenio colectivo sectorial de referencia por la actividad de la empresa, se estará a lo dispuesto en las normas legales de carácter general vigentes en cada momento".

Ahora bien, como ya hemos señalado en nuestras decisiones anteriores, tal declaración de que no existe convenio colectivo aplicable resulta una manifestación meramente voluntarista, porque parte de la actividad de la empresa Umano sí cuenta con convenio colectivo. En consecuencia, como la actividad es en parte coincidente, y como además el convenio sectorial del metal (ya sea el de la provincia de Albacete o de Cuenca) sí prevé la obligación de subrogación y el convenio de empresa no, nos encontraríamos más bien ante un supuesto de concurrencia no conflictiva de normas, que no impediría la aplicación de la obligación impuesta en el sectorial. Sobre este aspecto concreto decíamos lo siguiente:

"El art. 84.1 del ET , en la redacción dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, establece que: "Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83 , y salvo lo previsto en el apartado siguiente".



El precepto antes citado recoge el principio de prohibición de concurrencia afectante entre convenios colectivos de ámbito distinto, de manera que un determinado convenio colectivo durante su vigencia no podrá ser afectado por otro, esto es, su ámbito no podrá ser invadido por otro y su contenido no podrá ser alterado o modificado por otro. Las excepciones a tal regla general se contemplan en el propio precepto: los acuerdos o convenios marco a que se refiere el art. 82.3 del ET y la prioridad aplicativa de los convenios de empresa respecto de determinadas materias, en los términos del art. 84.2 del ET, redacción dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio.

Lo que supone el principio de prohibición de concurrencia afectante entre convenios colectivos de ámbito distinto es una preferencia de paso u ocupación a favor del primer convenio. Su finalidad es, según la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 (rec. 91/2007) "evitar que en el ámbito de aplicación territorial o funcional, cubierto por un convenio colectivo estatutario, se introduzca una nueva regulación negociada, que coincida en todo o en parte, con alguno de dichos ámbitos. Así lo ha entendido esta Sala en sentencias de 28-10-99, rec. 3441/98; 27-3-00, rec. 2497/00; 3-5-00, rec. 2024/99; 17-10-01, rec. 5637/01; 17-7-02, rec. 171/00; 16-11-02, rec. 1218/01; 20-5-03, rec. 41/02 y 5-3-08, rec. 23/07".

De otro lado, como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2012, rec. 228/2011 y las que en ella se citan del mismo Tribunal de 13 de noviembre de 2007, rec. 8/2007, y las anteriores de 8 de junio de 2005, rec. 100/2004 y 31 de octubre de 2003, rec. 117/2002, "el efecto derivado de la prohibición de concurrencia no debe ser la nulidad del convenio colectivo invasor, sino la declaración de su inaplicación temporal. Ello obedece a que el art. 84.1 ET no prohíbe la negociación de un convenio colectivo concurrente por el hecho de que su espacio esté ya ocupado por otro anterior. Al contrario, de su literalidad se desprende claramente que su punto de partida es la existencia de dos convenios válidamente negociados que coinciden en el tiempo. Y el precepto se limita a establecer una regla de solución de conflictos que, al otorgar preferencia aplicativa al convenio anterior, esta también indicando de modo implícito que la situación en que queda el invasor es la de "ineficacia aplicativa", como declaró esta Sala en sus ss. de 27-3-00, rec. 2497/99; 5-6-01, rec. 2160/00; 17-7-02, rec. 4859/00 y 31-10-03, rec. 17/02, o de "mera inaplicabilidad", s. 5-6-01, rec. 2160/00".

Ahora bien, las previsiones del art. 84.1 del ET sólo son aplicables para el caso de concurrencia conflictiva, pero no cuando dicha concurrencia no es conflictiva, sino que es posible la aplicación de ambos convenios al no regular de forma contradictoria determinado aspecto de las relaciones laborales incumbidas.

En el presente caso, el ámbito funcional del convenio colectivo del metal para la provincia de Cuenca para los años 2013-2014-2015, definido en su art. 1 comprende, entre otras actividades:

"Forman parte también de dicho ámbito las empresas dedicadas a la ingeniería, servicios técnicos de ingeniería, análisis, inspección y ensayos, fabricación, montaje y/o mantenimiento, que se lleven a cabo en la industria y en las plantas de generación de energía eléctrica, petróleo, gas y tratamiento de aguas; así como, las empresas dedicadas a tendidos de líneas de conducción de energía, de cables y redes de telefonía, informática, satelitales, señalización y electrificación de ferrocarriles, instalaciones eléctricas y de instrumentación, de aire acondicionado y frío industrial, fontanería, calefacción y otras actividades auxiliares y complementarias del Sector, tanto para la industria, como para la construcción.

Asimismo, se incluyen las actividades de soldadura y tecnologías de unión, calor ifugado, grúas-torre, placas solares, y las de joyería, relojería o bisutería; juguetes; cubertería y menaje; cerrajería; armas; aparatos médicos; industria óptica y mecánica de precisión; lámparas y aparatos eléctricos; conservación, corte y reposición de contadores; recuperación y reciclaje de materias primas secundarias metálicas, así como aquellas otras actividades específicas y/o complementarias del Sector".

Por su parte, el convenio colectivo para la empresa UMANO SERVICIOS INTEGRALES, S.L., tiene un ámbito funcional heterogéneo, propio de empresas multiservicios, y comprende, según su art. 2 el "mantenimiento integral de todo tipo de instalaciones industriales y de edificios en general, incluido la ejecución de trabajos de electricidad, de acondicionamiento de aire, calefacción, fontanería, etc.; lectura, instalación y mantenimiento de contadores medidores de servicios diversos, así como cualquiera otro material o equipamiento relativo a esta actividad"

Como se desprende de lo anterior, las actividades incluidas en los respectivos ámbitos funcionales de los convenios citados son en parte coincidentes, aunque la cuestión suscitada en este proceso, relativa a si procede la subrogación de los trabajadores de la empresa adjudicataria saliente por la empresa adjudicataria entrante, aparece regulada en un convenio, pero no en el otro.

Así, la disposición adicional segunda del convenio colectivo del metal para la provincia de Cuenca para los años 2013-2014-2015 establece en su párrafo primero: "Las empresas afectadas por el presente Convenio, cuya actividad sea la contratación con carácter permanente con administraciones públicas, o empresas privadas, de contratas y subcontratas de prestaciones de servicios, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 44 del EETT,



la empresa que sustituya a la anterior adjudicataria, a la extinción o conclusión del contrato, vendrá obligada a subrogarse y a absorber a los trabajadores/as de ésta, adscritos a este servicio, en las mismas condiciones contractuales, respetando su antigüedad, salario según nómina y demás derechos laborales, según proceda legalmente".

Sobre tal cuestión el convenio colectivo para la empresa UMANO SERVICIOS INTEGRALES, S.L. no contempla ninguna previsión, pero el art. 72, que establece el derecho supletorio, dispone que "En lo no regulado por el presente Convenio Colectivo, y dada la no existencia de convenio colectivo sectorial de referencia por la actividad de la empresa, se estará a lo dispuesto en las normas legales de carácter general vigentes en cada momento".

El anterior precepto recoge una declaración voluntarista (la inexistencia de convenio colectivo sectorial de referencia aplicable a la empresa) seguida de una remisión a las "normas legales de carácter general" vigentes. Sin embargo, como antes se ha visto, la actividad que realiza la entidad UMANO está incluida en el ámbito funcional del convenio colectivo de ámbito provincial del metal y su aplicación supletoria no puede impedirse mediante la invocación del anterior precepto, pues como afirma la doctrina jurisprudencial (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2010, rec. 806/2010) el ámbito de aplicación de los Convenios Colectivos no es dispositivo, ya que el art. 82.3 del ET establece que "Los Convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia".

Puede concluirse, por tanto que existe una concurrencia no afectante entre los convenios antes mencionados, en la materia a que se circunscribe este proceso, que permite en todo caso la aplicación de la previsión de la disposición adicional segunda del convenio colectivo del metal para la provincia de Cuenca para los años 2013-2014-2015. Ello conlleva que la negativa de la entidad UMANO, como nueva adjudicataria de la contrata, a la subrogación en las relaciones laborales de los trabajadores que han prestado servicios para la empresa saliente de la misma contrata, constituye despido improcedente, cuyas consecuencias han de serle imputadas, con absolución de la entidad codemandada ELECNOR, debiendo estimarse el recurso formulado por ésta en tal sentido".

La consecuencia de lo anterior es clara. Como ya dijimos en las ocasiones anteriores que nos han servido de precedente, la empresa entrante Umano no podía excusarse de la obligación de subrogación en los trabajadores adscritos a la contrata adscrita, que venía recogida en el convenio sectorial del metal, que le era plenamente aplicable en cuanto se refería a una actividad más amplia, pero que también incluía la desarrollada por la empresa en cuestión.

Debemos aquí realizar una matización sobre lo que ya dijimos con anterioridad, para precisarlo y no para contradecirlo. Esta es que sostenemos que existe una concurrencia no conflictiva de convenios porque la remisión hecha por el convenio de empresa solo a lo previsto en la normativa general, se hace a la vista de una afirmación inexacta, que no existe convenio sectorial aplicable, cuando como vimos, esto no es cierto. Pero como lo hay, la remisión en cuestión debe entenderse realizada también a la regulación del convenio sectorial aplicable. Insistimos en que no contemplamos ni nos pronunciamos en el caso sobre la eventual exclusión por el convenio de empresa de lo dispuesto en el sectorial, cosa que no puede hacerse, pero que no es el caso planteado y que requeriría de otro tipo de consideraciones jurídicas".

En definitiva, procede estimar el recurso de la empresa Eiffage, ya que la juzgadora de instancia no ha adecuado su decisión a los criterios ya reseñados, declarando responsable de las resultas de la improcedencia de los despidos a la empresa Umano.

CUARTO : Resuelta la cuestión relativa a la responsabilidad en las resultas del despido declarado improcedente, entraremos a resolver el recurso presentado por la parte demandante, en cuyo primer motivo se intenta la revisión fáctica, solicitando a tal efecto la modificación del ordinal primero de la sentencia de instancia, con objeto de alterar las fechas de antigüedad de dos de los trabajadores demandantes.

Debemos dejar claro ya desde este momento, que si aplicáramos al caso las reglas ordinarias de la revisión fáctica propia de la letra b/ del art. 193 de la LRJS , la modificación no podría acogerse, en cuanto que se pretende la valoración conjunta de una pluralidad de documentos, que es, como ya dijimos para resolver parte del anterior recurso, una operación vetada en esta sede. Ahora bien, debemos también recordar ahora los criterios sentados por el TC, en el sentido de que además del cauce ordinario, procede de forma excepcional la indicada revisión fáctica, si la conclusión de la instancia se muestra ilógica, arbitraria o irracional, en cuyo caso nos situamos más bien en el terreno del derecho de tutela judicial efectiva.

Dicho lo anterior, y tal como se deriva del examen de antecedentes meramente procesales, que son accesibles por esta Sala en cuanto no constituyan hechos sometidos a las reglas sobre la carga de la prueba, resulta que la magistrada de instancia ha variado por propia iniciativa, y sin someterlo a la consideración de las partes,



del dato de antigüedad de dos trabajadores tal como se habían consignado en el escrito de demanda, sin que las contrapartes realizaran observación o reparo alguno al respecto. Es más, en el acto del juicio una de las empresas se opuso a algunos de los salarios cuantificados, que fueron conformados por la parte demandante. Y nada se dijo en ningún momento de la antigüedad, que podría provenir en parte, tal como se afirma en el recurso, de la adquisición de una mercantil por otra.

Así las cosas, tratándose de hechos no discutidos, que por el contexto, considerado que otros sí lo habían sido, deben tenerse por hechos admitidos, y por ello excusados de la carga probatoria. Este efecto se deriva del art. 85.2 de la LRJS, a cuyo tenor *"el demandado contestará afirmando o negando concretamente los hechos de la demanda, y alegando cuantas excepciones estime procedentes"*. De la no negación del hecho cabe extraer la consecuencia de su admisión en base a lo dispuesto en el art. 405.2 de la LECv. según el cual *"en la contestación a la demanda habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor. El tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales"*. Y finalmente el art. 281.3 de la LECv establece que *"están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes"*.

En definitiva, al alterar los datos fácticos tal como habían sido conformados por la actuación procesal de las partes, se incidió de manera indebida en los mismos, privando a las partes de la posibilidad de discutir sobre los mismos, y hurtándoles una instancia de revisión. Y por ello debemos admitir la pretensión de reforma, para adecuarlos a los términos indiscutidos de la demanda.

En consecuencia, en el hecho primero de la demanda, en el párrafo dedicado al Sr. Felipe, donde dice: "... antigüedad de fecha 2 de enero de 2003...", debe decir: "... antigüedad de fecha 8 de marzo de 1989..."

Y en el mismo hecho primero de la demanda, en el párrafo dedicado al Sr. Luciano, donde dice: "... antigüedad de fecha 2 de enero de 2003...", debe decir: "... antigüedad de fecha 3 de octubre 2000..."

QUINTO : Por último, el recurso de la parte demandante se dedica a la revisión jurídica, citando como infringido el art. 56.1 del ET, con el único objeto de que se adecue la indemnización derivada del despido declarado improcedente para los dos trabajadores afectados por la anterior reforma fáctica.

La estimación en este caso es automática, en cuanto se deriva de la aplicación de meras operaciones aritméticas a los datos fácticos aplicables. Y en consecuencia, la indemnización para el Sr. Felipe debe ascender, s.e.u.o a 88.037 €, y para el Sr. Luciano a 36.744,55 €. Tales cantidades se han obtenido con aplicación de los criterios resultantes de la disposición adicional transitoria quinta del RDL 3/12 aplicable al caso, diferenciando los periodos de antigüedad anteriores y posteriores al 12-2-12. Y que en todo caso, y por aplicación de los referidos criterios, la indemnización del Sr. Felipe resulta limitada a la cantidad resultante del primer periodo, al ser por sí sola superior a 720 días de salario.

Procede en consecuencia la estimación del recurso de la parte actora en los términos descritos.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de la mercantil "Eiffage Energía SL" contra la sentencia dictada el 13-1-15 por el juzgado de lo social nº 3 de Albacete, en virtud de demanda presentada por D. Segundo, D. Benjamín, D. Felipe, D. Luciano y D. Severino contra la indicada, y contra "Umano Servicios Integrales SL" e "Iberdrola Distribución Eléctrica SAU" y en consecuencia, revocando en parte la reseñada resolución, debemos absolver y absolvemos a la empresa recurrente, condenando como responsable del cumplimiento de la condena a la codemandada "Umano Servicios Integrales SL. Ordenamos la devolución del depósito y de la consignación constituidos para recurrir. Sin costas.

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de la parte demandante, contra la misma sentencia, en el mismo proceso y con los datos ya consignados, y en consecuencia, revocando en parte la reseñada resolución, debemos fijar como indemnizaciones procedentes, en su caso, la de 88.037 € para el Sr. Felipe, y la de 36.744,55 € para el Sr. Luciano. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA**, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los **DIEZ DIAS** siguientes a su notificación, durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora



de la jurisdicción social . La **consignación del importe de la condena**, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la Cuenta Corriente número **ES55 00493569 9200 0500 1274** que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Albacete, tiene abierta en el BANCO SANTANDER, sita en Albacete, C/ Marqués de Molíns nº 13, indicando el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso, y si es posible, el NIF/ CIF, así como el beneficiario (Sala de lo Social) y el concepto (cuenta expediente) **0044 0000 66 1801 15**, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como **depósito** la cantidad de **SEISCIENTOS EUROS (600,00 €)**, conforme al artículo 229 de citada Ley , que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

Expídanse las Certificaciones oportunas para su unión a los autos y al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, en fecha veintitrés de febrero de dos mil dieciséis . Doy fe.