



Roj: **STSJ AND 256/2016 - ECLI:ES:TSJAND:2016:256**

Id Cendoj: **41091340012016100082**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **21/01/2016**

Nº de Recurso: **180/2015**

Nº de Resolución: **131/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA ELENA DIAZ ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 180/2015 S Sentencia nº **131/2016**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

DOÑA MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

DOÑA MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA

DON JOSE JOAQUIN PEREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a veintiuno de enero de dos mil dieciseis.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los lltmos. Sres. Magistrados citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY , ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 131/2016

En el recurso de suplicación interpuesto por EMPRESA MUNICIPAL DE AGUAS DE CORDOBA S.A., contra la sentencia del Juzgado de lo Social num 2 de Córdoba, en sus autos núm. 1381/13, ha sido Ponente la lltma. Srª. Magistrada Doña MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D. Jose Pedro , contra las empresas Actividades y Cauces del Sur S.A.L. (ACSUR), EMACSA y Magtel Redes y Telecomunicaciones S.A.U. sobre Contrato de Trabajo, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 20 de octubre de 2,014 por el referido Juzgado, con estimación de la demanda.

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

I.- El actor Don Jose Pedro , con D.N.I. NUM000 , siendo su profesión habitual la de Oficial de Primera de la Construcción en el servicio de instalación, reparación y mantenimiento de servicios de aguas del Ayuntamiento de Córdoba desde el día 1 de febrero de 1999, y con un salario/día de 80,60 euros, aunque lo que ha percibido ha sido 74,85 euros diarios.

II.- El actor fue contratado por la empresa Acsa obras e infraestructuras, S.A., y desde el día 1 de marzo de 2001 para Actividades y Cauces del Sur, S.A.

III.- A la relación laboral le ha sido de aplicación el Convenio Colectivo Provincial para las industrias de la Construcción y Obras públicas que se publicó el día 23 de mayo de 2012 y que sería de aplicación desde el día 1 de enero de 2009 y el día 31 de diciembre de 2012 (folio 59 y ss.)



En el Anexo VII y siguientes del Convenio se fijan las Tablas Salariales de actualización, sin que el actor haya percibido las diferencias entre las percibidas y debido de percibir, reclamando las que se le adeudan desde la paga extra de diciembre de 2012, y los meses de febrero a mayo de 2013 y la liquidación correspondiente a parte proporcional de la paga extra de junio, vacaciones y fines de semana.

IV.- El 1 de mayo de 2009 EMACSA suscribió con ACSUR contrato de prestación de servicios de ejecución de obras y reparación de averías en la red de abastecimiento en la red de saneamiento y en las instalaciones de EMACSA, que se prorrogó hasta 30 de abril de 2013.

V.- El 20 de mayo de 2013 mediante Carta de Despido emitida por Acsur, S.L. (folio 35) se comunica al actor la extinción de su relación laboral, habiéndose encontrado bajo un Expediente de Regulación de Empleo desde el mes de febrero de 2013

VI.- Se ha celebrado el acto de conciliación ante el CMAC, el día 10 de octubre de 2013 sin avenencia respecto de la empresa compareciente EMACSA, e intentado sin efecto respecto de las empresas no comparecientes, ACSUR y MAGTEL (folio 10).

VII.- En virtud de contrato celebrado el día 19 de junio de 2013, EMACSA adjudica MAGTEL REDES el servicio de ejecución de obras y reparación de averías de las red de abastecimiento en la red de saneamiento y en las instalaciones de EMACSA (folio 146 y ss.), la cual debía de disponer de la adjudicataria (sic) un listado de sus trabajadores que prestaran servicio en la obra contratada con el objeto de llevar a cabo la supervisión del cumplimiento de la normativa en materia de prevención.

VIII.- En fecha 11 de julio de 2013 se levantan Actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Córdoba relativas a distintos periodos, por las diferencias de cotización llevadas a cabo por Actividades y Cauces del Sur; S.A., en la que se declara (folio 112) responsable solidaria a EMACSA como contratista principal, y en la que se adjunta la relación de trabajadores afectados entre los que se encuentra el actor (folio 142 vuelto).

IX .- El 23 de enero de 2013 se dictó por el Juzgado de lo Social nº 3 de esta Ciudad sentencia , en procedimiento por despido nº 1097/13, cuyo hecho probado undécimo declaraba: "Por este Juzgado se ha dictado Sentencia el 13/9/13 en autos de despido 771/13 y Sentencias de 14/11/13 y de los autos 634 y 635 de 2013 sobre reclamación de cantidad, interpuesta por distintos trabajadores en las que se condena, entre otras, de manera solidaria por grupo de empresas fraudulento a las mercantiles ACTIVIDADES Y CAUCES DEL SUR SA y CANALIZACIONES Y VIALES ANDALUCES SL . Finalmente se estimó la demanda respecto del grupo de empresas y se absolvió de la misma a la EMPRESA MUNICIPAL DE AGUAS DE CÓRDOBA (EMACSA) y MAGTEL REDES Y COMUNICACIONES S.A.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la empresa Municipal de Aguas de Córdoba S.A. (Emacsa), que no fue impugnado por la parte contraria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia estimatoria de la reclamación de cantidad planteada por el actor en la que se condenaba solidariamente a las empresas "Actividades y Cauces del Sur S.A. (AC SUR)" y a la "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)", se alza esta empresa por el cauce de los apartados b) y c) del artículo 193 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , solicitando la redacción alternativa de los hechos probados y la adición de otros nuevos, denunciando la infracción del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores , arguyendo que los servicios contratados con la empresa "Actividades y Cauces del Sur S.A. (AC SUR)" no forman parte de la propia actividad de "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)".

En primer lugar solicita varias revisiones fácticas, por la vía del apartado b) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , para que se añada al hecho probado 3º de la sentencia, una frase en la que se declare que *"Obran en autos doc 20.a y b del ramo de prueba de EMACSA sendos convenios colectivos de la "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)" para los años 2.009-2.011 y 2.012-2014"* a lo que se accede por así deducirse de la prueba documental obrante en los autos, con independencia de su trascendencia para modificar el sentido del fallo.

Seguidamente pretende que en el hecho probado 4º, se haga constar la segregación de la empresa "Actividades y Cauces del Sur S.A. (AC SUR)" de la actividad de abastecimiento y su aportación a la empresa "Canalizaciones y Viales Andaluces S.L." producida por escritura pública el 7 de febrero de 2.013, revisión que no podemos admitir por referirse a relaciones con empresas que no son parte en el procedimiento.

En tercer lugar solicita la adición de un nuevo hecho probado para que se describan los objetos sociales de las empresas "Actividades y Cauces del Sur S.A. (AC SUR)", "Canalizaciones y Viales Andaluces S.L." y "Empresa



Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)" que figuran en sus estatutos y en la información del Registro Mercantil, revisión que tampoco podemos admitir ya que los objetos sociales que figuran en estos documentos, suelen tener un contenido más amplio que la actividad concreta desarrollada por las empresas, por lo que no constituyen un hecho que pueda acceder al relato fáctico.

Igualmente pretende la revisión del hecho probado 7º de la sentencia para que se añada resumidamente que "El acta de liquidación de 11 de julio de 2.013 con el nº NUM001 , fue anulada por Resolución de 5 de Febrero de 2.014 de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social" y que por "Diligencia de 5 de abril de 2.013 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social requirió a EMACSA para que aportase una relación de trabajadores de ACSUR que hayan prestado servicios en la contrata de EMACSA, desde el día 1 de enero de 2.009 reflejando los días concretos en que prestaron sus servicios. Por escrito de 8 de mayo de 2.013 EMACSA remitió la documentación que ACSUR facilitaba, precisando que dicha documentación se refiere solamente a la información que ACSUR facilita sobre sus empleados y los de sus subcontratistas que podrían prestar servicios en las contrata, pero no permite concretar los días que efectivamente los han prestado, ni los períodos de tiempo en que lo han hecho", revisión que no puede prosperar ya que el acta anulada no coincide en su numeración con la referida en el relato fáctico, y porque de la diligencia citada no se puede extraer sin necesidad de conjeturas, inadmisibles en el recurso de suplicación por su naturaleza extraordinaria, que el actor no prestó servicios para "Actividades y Cauces del Sur S.A. (AC SUR)", en la contrata con "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)" en el período reclamado.

En la siguiente revisión trata de suprimir en el hecho probado 1º la vinculación del actor con *"el servicios de reparación y mantenimiento de servicios de aguas del Ayuntamiento de Córdoba desde el 1 de febrero de 1.999"*, afirmando que tal hecho no está probado alegación que es inhábil a efectos revisores, por no poder prevalecer frente a la valoración conjunta de la prueba realizada en la sentencia la evaluación personal realizada por el recurrente para justificar sus pretensiones, pues *"al encontrarnos ante un recurso extraordinario, carece de toda virtualidad revisora alegar amparo negativo de prueba siempre que como ocurre en este caso, en la instancia se haya practicado la mínima actividad probatoria constitucionalmente exigible para tener por acreditados los hechos constitutivos de la pretensión formulada"* (sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1.990 y 28 de noviembre de 1.990), justificando la Magistrada-Juez sustituta la prestación de servicios del actor en la contrata tras la valoración de la prueba aportada en el juicio, valoración de la prueba que no puede considerarse arbitraria o errónea por lo que debemos desestimar este motivo de recurso.

La siguiente revisión va dirigida a que se hagan constar en el relato fáctico los resultados contables de la empresa "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)" para los años 2.009, 2.010 y 2.011 y los ingresos de la empresa "Actividades y Cauces del Sur S.A. (AC SUR)" de los años 2.009, 2.010, 2.011, 2.012 y 2.013 provenientes de "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)", así como los ingresos obtenidos por "Actividades y Cauces del Sur S.A. (AC SUR)" de otras uniones de empresas en las que participa, revisión que no podemos aceptar por su intrascendencia para modificar el sentido del fallo, al no depender la responsabilidad solidaria de "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)" de la facturación de "Actividades y Cauces del Sur S.A. (AC SUR)" sino de la aplicación o no del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores .

La Sala sin embargo debe aceptar la siguiente revisión para que figuren los períodos en los que el actor tuvo suspendido su contrato de trabajo como consecuencia del ERTE aplicado en la empresa "Actividades y Cauces del Sur S.A. (AC SUR)", y así debemos añadir un nuevo hecho probado en el que se declare que: *"el trabajador demandante tuvo suspendida su relación laboral a causa de un ERTE en el período de 11 de octubre de 2.011 a 10 de febrero de 2.012, así como en el período de 25 de octubre de 2.012 a 24 de febrero de 2.013"*, por la trascendencia de este dato a efectos de fijar el importe exacto de las cantidades adeudadas y la extensión de la responsabilidad solidaria de "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)", ya que mientras estaba suspendido el contrato de trabajo el actor percibió las prestaciones por desempleo.

Por último, debemos rechazar la siguiente revisión para que se haga constar la cartera de obras de "Actividades y Cauces del Sur S.A. (AC SUR)", ya que tal revisión no tiene incidencia en el sentido del fallo, pues la responsabilidad solidaria deriva del hecho de que la contratista principal y la subcontratista desarrollen una actividad complementaria y no del número de clientes de la subcontratista, por lo que examinadas las revisiones fácticas solicitadas debemos proceder a pronunciarnos sobre las infracciones jurídicas denunciadas.

SEGUNDO.- En relación con el Derecho aplicado en la sentencia "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)" denuncia, por la vía del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la infracción del artículo 42.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores y la no aplicación de la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2.005 y 2 de octubre de 2.006 , arguyendo que los servicios contratados con "Actividades y Cauces del Sur S.A. (AC SUR)", relativos a la reparación de averías en



la red e instalaciones de la empresa "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)" no forman parte de la propia actividad de esta empresa municipal.

La Sala debe seguir el criterio contenido en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social de Sevilla nº 1546/15 de 11 de junio, rec 1399/14 , nº 1271/15 de 14 de mayo, rec 0982/14 , nº 1555/15 de 11 de junio, rec 1501/14 , nº 1826/15 de 30 de junio, recurso 1673/14 y la nº 2255/15 de 23 de septiembre, recurso 2371/14 .

Hemos de partir de que el 1 de mayo de 2.009 "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)" suscribió con "Auxiliar de Canalizaciones del Sur S.A.L.", anterior denominación de "Actividades y Cauces del Sur S.A. (ACSUR)", contrato de prestación de servicios de ejecución de obras y reparación de averías en la red de abastecimiento, en la red de saneamiento y en las instalaciones de "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)", reclamando el actor diferencias salariales desde diciembre de 2.012 al 20 de mayo de 2.013 en que fue despedido pretensión que ha sido estimada, oponiéndose la empresa "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)" a la responsabilidad solidaria declarada en la sentencia en el pago de estas deudas salariales.

Hemos de estimar este motivo del recurso, como ya dijimos en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Sevilla nº 1271/15 de 14 de mayo y nº 1555/15 de 11 de junio , dado que nos encontramos ante una descentralización productiva lícita conforme al artículo del 42 Estatuto de los Trabajadores, pues de los hechos se deriva la justificación técnica de la contrata ya que la "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)" que realiza la gestión integral del ciclo del agua, no dispone de personal específico para el desarrollo de las tareas contratadas relativas al mantenimiento de la red de abastecimiento, por lo que debe acudir a la externalización del servicio de mantenimiento reparación y obras.

También se acredita la autonomía del objeto de la contrata, que está definido en el pliego de prescripciones técnicas de la contrata y la realidad empresarial del contratista que aporta los medios de producción propios - locales, maquinaria etc...-; y por último, el ejercicio de los poderes empresariales esto es, el ejercicio del poder de dirección por la contratista "Actividades y Cauces del Sur S.A. (ACSUR)" que es quien decide, como atender las peticiones que le cursa su cliente "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)", sin que ésta intervenga en la ejecución de lo externalizado.

En suma, sostenemos, como ya lo hicimos en sentencias precedentes, que los servicios de ejecución de obras y reparación de averías en la red de abastecimiento, en la red de saneamiento, y en las instalaciones de "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)" contratados con "Actividades y Cauces del Sur S.A. (ACSUR)", no forman parte de la propia actividad de "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)" y por tanto esta no responde solidariamente de las obligaciones salariales contraídas por "Actividades y Cauces del Sur S.A. (ACSUR)" con sus trabajadores.

Extendiéndonos en lo argumentado, por su propia naturaleza, las dos actividades principales que forman parte inherente del ciclo productivo de cualquier empresa del sector de aguas son tanto el abastecimiento de agua a la población, como la evacuación de aguas residuales, y ambas actividades están incluidas expresamente dentro del objeto social de "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)", existiendo entre esta empresa y "Actividades y Cauces del Sur S.A. (ACSUR)" importantes diferencias, como son que:

1º. "Actividades y Cauces del Sur S.A. (ACSUR)" aplicaba el Convenio Colectivo sectorial de la Construcción, mientras que "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)" aplica un Convenio Colectivo de empresa.

2º. El objeto social de "Actividades y Cauces del Sur S.A. (ACSUR)" es propio de empresa del sector de la construcción, mientras que el objeto social de "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)" es propio de una empresa del sector de abastecimiento aguas.

3º. El objeto y el devenir de la contrata de servicios suscrita entre la "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)" y "Actividades y Cauces del Sur S.A. (ACSUR)", y que de ello se infieren analogías las contrata de obras propias del sector de la construcción, en las que aquella empresa, que actuaría como una promotora inmobiliaria, se limita a llevar a cabo la planificación, la dirección técnica, y la supervisión de la obra, con unos medios personales y materiales determinados, mientras que esta última empresa, que actuaría como una constructora, se encargaría de ejecutar la obra, con otros medios materiales y personales diferentes, de modo que no basta con que la principal tenga la posibilidad de desarrollar ella misma la actividad que forme parte de su propia actividad por estar incluida en su objeto social sino que además es preciso que la desarrolle efectivamente con una implicación entre las organizaciones de la principal y la contrata.

En nuestro caso, aunque el objeto social de "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)" incluya la conservación y mejora de las canalizaciones existentes y la realización de las nuevas que resulten necesarias, esta empresa no desarrolla efectivamente esa actividad desde el año 2001 y por tanto la contrata a otras



empresas, como es "Actividades y Cauces del Sur S.A. (ACSUR)", las cuales aportan un significativo conjunto de elementos personales organizados y de elementos materiales de los que "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)" carece, sin que en el devenir de la contrata de servicios, suscrita entre ambas empresas se aprecie una implicación de las organizaciones de trabajo de las mismas, más allá de la que resulta, guardando las distancias, de una empresa inmobiliaria y de una empresa constructora.

En fin, sostenemos que la sentencia recurrida infringe el artículo 42.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, sin que sea preciso contestar el resto de los motivos subsidiarios del recurso y revocamos en parte la sentencia absolviendo a "Empresa Municipal de Aguas de Córdoba (EMACSA)" de las pretensiones objeto de esta causa.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos del recurso de suplicación interpuesto por la EMPRESA MUNICIPAL DE AGUAS DE CÓRDOBA (EMACSA), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Córdoba el día 20 de Octubre de 2.014, en el procedimiento seguido por la demanda interpuesta por D. Jose Pedro en reclamación de cantidad contra las empresas ACTIVIDADES Y CAUCES DEL SUR S.A. (ACSUR), EMPRESA MUNICIPAL DE AGUAS DE CÓRDOBA (EMACSA) y MAGTEL REDES Y TELECOMUNICACIONES S.A.U. y revocamos parcialmente la sentencia absolviendo a la EMPRESA MUNICIPAL DE AGUAS DE CÓRDOBA (EMACSA) de todas las pretensiones dirigidas en su contra en la instancia, ratificando la libre absolución de MAGTEL REDES Y TELECOMUNICACIONES S.A.U.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Se advierte a la parte recurrente que no esté exenta de constituir depósitos que si desea recurrir deberá acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito de 600€, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta a favor de esta Sala, en el Banco de Santander, Oficina urbana Jardines de Murillo, en Sevilla, en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-35-0180-15, especificando en el documento resguardo de ingreso, campo concepto, que se trata de un "Recurso".

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Una vez firme la sentencia devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir en la instancia y la consignación efectuada o en su caso cancelense los aseguramientos prestados por el importe de la condena.

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

PUBLICACIÓN.- En Sevilla a 21 de enero de 2,016