



Roj: **STSJ M 7577/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:7577**

Id Cendoj: **28079340052016100397**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **13/06/2016**

Nº de Recurso: **147/2016**

Nº de Resolución: **398/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

R. S. 147/16 TP

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

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

NIG : 28.079.00.4-2015/0029082

Procedimiento Recurso de Suplicación 147/2016

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid Despidos / Ceses en general 667/2015

Materia : Despido

Sentencia número: 398

Ilmos. Sres

Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

Dña. ALICIA CATALA PELLON

En Madrid a trece de junio de dos mil dieciséis habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 147/2016, formalizado por el LETRADO D. ROBERTO REGUERA GONZALEZ en nombre y representación de IMESAPI SA, contra la sentencia de fecha dieciséis de noviembre de dos mil quince dictada por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 667/2015, seguidos a instancia de D.. Fulgencio y D. Juan frente a , SITOR TELECOMUNICACIONES SL e



IMESAPI SA, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- Los actores venían prestando sus servicios en la empresa demandada con las siguientes condiciones laborales:

D. Juan :

Antigüedad.- 7/1/2004.

Categoría profesional.- Oficial de primera mantenimiento CT.

Salario mensual con prorrateo de pagas extras.- 1.788,15 euros.

Contrato a tiempo completo.

D. Fulgencio :

Antigüedad.- 3/11/2003.

Categoría profesional.- Oficial de primera mantenimiento CT.

Salario mensual con prorrateo de pagas extras.- 1757,88 euros.

Contrato a tiempo completo.

SEGUNDO. - Los contratos temporales que han suscrito con IMESAPI se extienden a los siguientes periodos:

1º.- Contrato eventual con la fecha referida en el hecho anterior, que tenía a como objeto "mantenimiento de la Red de cabinas telefónicas de Madrid (Cabitel)".

2º.- y sin solución de continuidad, contrato por obra o servicio determinado, ambos de fecha 1/5/2004, con objeto de "mantenimiento de cabinas telefónicas de Madrid".

TERCERO.- El 15/4/2015 la empresa demandada IMESAPI SA comunicó a los actores la extinción del contrato con efectos de 30 de ese mes, al finalizar la obra o servicio objeto de su contrato en virtud de lo establecido en el Art. 49.1.c ET . Haciendo referencia a que en esa fecha cesaba en la ejecución del contrato de servicios con Telefónica Telecomunicaciones Publica SLU.

Añadiendo que sin perjuicio de su posible derecho a ser subrogado por la empresa SITOR TELECOMUNICACIONES SL, adjudicataria del precitado contrato, conforme a lo establecido en el at 9 del Convenio Colectivo del Sector de Mantenimiento de Cabinas, Soportes y Teléfonos de Uso Público (BOE 15/7/1997 y Acuerdo que modifica el convenio en BOE de 10/1/2003).

Con fecha 1/5/2015 SITOR comunica a los actores que no va a proceder a la subrogación al no tener la condición de trabajador subrogable.

CUARTO.- El 14/4/2015 IMESAPI SA dirige burofax a SITOR comunicándole la relación de personal activo adscrito al centro de trabajo en el ámbito geográfico de Madrid. En la relación de afectados se encuentran los actores.

SITOR TELECOMUNICACIONES SL por burofax de 29/4/2015 contesta que la relación de trabajadores que le remite IMESAPI no coincide con la relación de personal subrogable del Anexo XII del Pliego de Condiciones Generales y Específicas para la ejecución del servicio que forma parte integrante del contrato de prestación de servicios con TELEFONICA TELECOMUNICACIONES PUBLICA SLU, que había sido certificada por IMESAPI con carácter previo al concurso, como empresa cesante.

Adjuntando el cuadro de personal subrogable del referido anexo en el que no constan los actores.



SITOR se subroga en el personal que se refleja en el cuadro de personal subrogable que son 7 trabajadores indefinidos y tres con contratos por obra.

Con posterioridad SITOR ha contratado ex novo a tres trabajadores que antes trabajaban para IMESAPI con contrato temporal.

QUINTO.- La demandada IMESAPI SA suscribió el 19/4/2012 con TELEFONICA TELECOMUNICACIONES PUBLICA SLU un contrato de prestación de servicios en el ámbito territorial de Madrid que al obrar en autos se tiene por reproducido. En cuyo objeto se añade el mantenimiento de dispensadores de teletarjetas y el montaje y reposición de carteles publicitarios. Contrato que se extinguió el 30/4/2015.

Con anterioridad había suscrito otros contratos con Telefónica con igual o similar objeto, contratos que se han ido prorrogando.

SEXTO.- Los actores se han dedicado, además del mantenimiento de cabinas, a la instalación y mantenimiento de columnas de recuperación cardíacas.

SÉPTIMO. - La empresa SITOR adquirió a IMESAPI mediante contrato de compraventa de 25/3/2015 determinado material para el desarrollo de la actividad objeto de la contrata con Telefónica que se describe en el contrato y por importe de 25.000,00 euros. (doc. nº 11 de ramo prueba SITOR)

Aparte SITOR ha adquirido o ha contratado leasing financiero para ocho vehículos destinados al desarrollo de la actividad por importe de 187.204 euros. También ha adquirido carretillas elevadoras, material informático, ropa de trabajo, etc., que se relacionan y aportan en el documento nº 12 de su prueba.

Habiendo suscrito un contrato de arrendamiento de local para la obra de negocio para la actividad contratada con Telefónica. (doc. nº 13 de ramo prueba SITOR)

OCTAVO.- Los actores no han ostentado, en el año anterior al despido, cargo de representación de los trabajadores en la empresa.

NOVENO. - Se intentó el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: ESTIMANDO la demanda de Despido a instancia de Juan y D./Dña. Fulgencio frente a IMESAPI SA y SITOR TELECOMUNICACIONES SL. DEBO DECLARAR Y DECLARO improcedente el despido del actor/a. CONDENANDO a la empresa demandada IMESAPI SA a optar entre readmitir al actor en su puesto de trabajo con abono de los salarios de tramitación o bien indemnizarle con la cantidad que se dirá. Advirtiendo a la empresa que la opción deberá realizarse en el plazo de 5 días hábiles desde la notificación de la sentencia, sin esperar a su firmeza, por escrito o por comparecencia ante el Juzgado. Y que de no optar en tiempo y forma se entenderá que procede la readmisión.

D. Juan : 28.299,85 euros.

D. Fulgencio : 28.250,21 euros.

Absolviendo a la codemandada SITOR TELECOMUNICACIONES SL.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte IMESAPI SA, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 02/03/2016, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 08/06/2016 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la codemandada IMESAPI SA contra la sentencia de instancia, que ha estimado la demanda de despido en la que se alegaba la ilegalidad del contrato de obra o servicio suscrito por las partes. La empresa codemandada SITOR COMUNICACIONES SL así como la representación letrada de la parte actora han impugnado el recurso.

SEGUNDO .- Como recuerda esta Sala, en sentencia de 15 de noviembre de 2013 (RS. nº 304/2013) [" ... Sólo se admitirá el error de hecho en la apreciación de la prueba cuando concurren estas circunstancias: " a)



Señalamiento con precisión y claridad del hecho negado u omitido; b) Existencia de documento o documentos de donde se derive de forma clara, directa y patente el error sufrido, sin necesidad de argumentaciones, deducciones o interpretaciones valorativas; c) Ser la modificación o supresión del hecho combatido trascendente para la fundamentación del fallo, de modo que no cabe alteración en la narración fáctica si la misma no acarrea la aplicabilidad de otra normativa que determine la alteración del fallo" (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1.993). A su vez, según esta misma doctrina, el documento en que se base la petición revisoria debe gozar de literosuficiencia, por cuanto: "(...) ha de ser contundente e indubitado per se , sin necesidad de interpretación, siendo preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el Juzgador estén en franca y abierta contradicción con documentos que, por sí mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis evidencien cosa contraria a lo afirmado o negado en la recurrida" (sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1.990)..."]

Por su parte, el Tribunal Constitucional en sentencia de 7 de octubre de 2013, Rec. 1088/2011 , recuerda el alcance limitado del especial recurso de suplicación, señalando que en él ["los términos del debate vienen fijados por el escrito de interposición del recurrente y la impugnación que del mismo haga, en su caso, el recurrido (SSTC 18/1993, de 18 de enero , FJ 3 ;218/2003, de 15 de diciembre , FJ 4 ; 83/2004, de 10 de mayo, FJ 4 , y 205/2007, de 24 de septiembre , FJ 6)", lo que supone que el Tribunal ad quem no pueda "valorar ex novo toda la prueba practicada ni revisar el derecho aplicable, sino limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes".].

Con amparo en el apartado b) del artículo 193 de la LRJS solicita la modificación del ordinal cuarto de la relación fáctica para el que propone la correspondiente redacción alternativa y apoyo en la documental obrante a los folios 106 a 108 de las actuaciones y 42 a 45 de su propio ramo de prueba.

En definitiva trata de adicionar " ...de un total de dieciocho que prestaban servicios para IMESAPI en la ejecución el contrato adjudicado por TELEFONICA TELECOMUNICACIONES PUBLICAS " y " Así mismo, SITOR ha contratado a otros seis trabajadores que habían prestado servicios para IMESAPI para el mantenimiento de cabinas telefónicas en Madrid ".

No se acoge la revisión interesada pues es incontrovertido que la empresa entrante en la contrata se subrogó en 7 trabajadores indefinidos y 3 con contrato por obra; que la recurrente remitió relación del personal a subrogar que ascendía a 18 trabajadores, no pudiendo tener cabida que la empresa contratase a 6 trabajadores que habían prestado servicios para IMESAPI porque no indica los nombres y apellidos de los mismos y desde que fecha llevaban prestando servicios para la recurrente para deducir, posteriormente, si se ha contratado al mismo personal que estaba prestando servicios o a otros que lo prestaron en su día; y aun que fuese cierto lo que indica el recurso debemos señalar que la empresa entrante en la contrata ha procedido a subrogar al personal en virtud de lo dispuesto en la norma convencional, y no ha subrogado a los demandantes porque se había procedido a extinguir sus contratos por las causas del artículo 49.1.c) del ET , por terminación de la obra o servicio objeto del contrato, considerando que anteriormente no estaban vinculados por una relación fija, como revelan los propios actos de la empresa recurrente.

TERCERO .- Con amparo en el artículo 193.c) de la LRJS , se alega la infracción del artículo 44, números 1 y 2 y 55.4 del Estatuto de los Trabajadores , artículo 3.1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 y artículo 9, números 1 y 2 del Convenio Colectivo de mantenimiento de cabinas, soportes y teléfonos de uso público, modificado por Acuerdo de 11 de noviembre de 2002, así como jurisprudencia que cita.

Entiende en esencia que concurren todos los elementos determinantes de la sucesión de empresa al haber pasado a ejecutar el mismo servicio que antes llevaba a cabo IMESAPI SA para TELEFONICA COMUNICACIONES PUBLICAS SAU , habiéndose producido además la entrega efectiva de los elementos esenciales de la actividad, necesarios y capaces de asegurar la continuidad de la misma; sigue diciendo que IMESAPI estaba facultada para extinguir el contrato de los actores, sin que ello sea obstáculo para la subrogación; añade que la codemandada estaba obligada a incorporar a los trabajadores a su plantilla en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 .2 del Convenio Colectivo del sector.

No se discute por el recurrente el pronunciamiento de instancia relativo a la existencia de fraude en la contratación de los actores, que contiene el fundamento de derecho 3º y por ello la conversión de los contratos en indefinidos; la cuestión objeto de controversia se centra en determinar si concurre en los actores la condición de subrogables por la empresa entrante en el servicio contratado por TELEFONICA COMUNICACIONES PUBLICAS SAU.

La jurisprudencia unificadora nos enseña que como regla general, en el caso de sucesión de contratas no existe subrogación empresarial al resultar inaplicable el artículo 44 del ET , debiendo estarse únicamente a lo prevenido al efecto en el convenio colectivo del sector o, en su caso, a lo pactado expresamente en la contrata o pliego de condiciones, ya que se está simplemente ante sucesivas adjudicaciones a dos empresas distintas



del servicio contratado por parte de la empresa principal, cada una de ellas dotadas de su propia organización, sin que se produzca entrega o transmisión de la infraestructura o elementos patrimoniales fundamentales de la organización empresarial para la prestación del servicio (entre otras SSTs 12/03/1997 recurso 2639/1996 , 10/12/1007 , 9/02/1998 recurso 164/1997).

En el presente caso, los antecedentes fáctico-probatorios muestran que Telefónica Telecomunicaciones Publicas SLU contrato con la recurrente " *la instalación y mantenimiento de terminales de recaudación, limpieza, conservación de mueble, actividades de campañas publicitarias en los muebles soportes y distribución de tele tarjetas y otro productos de prepago*" (documento nº 16 de la prueba aportada por IMESAPI). SITOR TELECOMUNICACIONES SL resultó adjudicataria del servicio con efectos 1 de mayo de 2015 (indiscutido) y conforme consta al ordinal cuarto se subrogó en 7 trabajadores indefinidos y tres con contrato de obra , no efectuándolo en relación a los demandantes , que eran trabajadores de la recurrente desde el 7/01/2004 y 3/11/2003 en virtud de contratos temporales que refleja el ordinal segundo de la relación de hechos probados, para la realización de la obra " *M antenimiento de la Red de Cabinas telefónicas de Madrid* " .

Como señala la sentencia del TS de 13-11-2013, rec. 1334/2012 " *si la actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige de instalaciones o importantes elementos materiales, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número significativo de los empleados por el anterior, no se considera que haya sucesión de empresa si al tiempo no se transmiten aquellos elementos materiales necesarios para el ejercicio de a actividad. En estos últimos casos, la obligación de subrogación solo será exigible si surge de la norma convencional o la imponía, en su caso, el régimen de obtención de la contrata -como puede suceder con la imposición de tal condición en el pliego de condiciones por parte de la Administración-, en cuyo caso habrá de estarse a esa fuente para delimitar el alcance de la obligación de subrogarse .*"

La obligación de subrogación venía impuesta de forma expresa en artículo 9.2.c), del Convenio del sector, que indica:

"Se producirá la mencionada subrogación del personal siempre que se dé alguno de los siguientes supuestos:

1. Trabajadores en activos fijos y los que hayan prestado sus servicios mediante contrato de obra o servicio determinado con anterioridad al 1 de mayo de 1999 y se encuentren vinculados a alguna de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del vigente Convenio a la fecha de entrada en vigor de este acuerdo de fecha 11 de noviembre de 2002.

2. Trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo (...)

3. Trabajadores con contrato de interinidad que sustituyan a alguno de los trabajadores mencionados en el punto 2, con independencia de su antigüedad y mientras dure su contrato .", y es la norma que de conformidad con la jurisprudencia expuesta resulta de aplicación y que actúa como deber inexcusable para la nueva adjudicataria del servicio ,siempre y cuando se reuniesen los requisitos a que refiere la misma , lo que no concurre en el supuesto de los actores , pues no eran trabajadores ni fijos ni contratados para obra o servicio determinado con anterioridad a 1 de mayo de 1999, en los términos fijados por la norma convencional, sin que la compra de determinado material por la empresa entrante en la contrata a la recurrente, desvirtúe las consideraciones expuesta, pues también ha adquirido o contratado a través de la modalidad de leasing financiero 8 vehículos destinados al desarrollo de la actividad, y ha adquirido carretillas elevadoras, material informático, ropa de trabajo, etc (hecho probado séptimo), lo que evidencia que no se ha producido una transmisión de medios materiales esenciales para realizar la actividad.

Atendiendo a lo expuesto, se desestima el motivo y con ello el recurso

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de IMESAPI SA contra la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid , en autos nº 667/2015, seguidos a instancia de Fulgencio y Juan contra IMESAPI SA y SITOR TELECOMUNICACIONES SL , en reclamación por DESPIDO, confirmando la misma. Se condena a la recurrente a la pérdida del depósito y consignación efectuada para recurrir, a los que se dará destino legal, y a que abone a cada una de las partes impugnantes del recurso la cantidad de 600 euros en concepto de honorarios de Abogado.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.



Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : 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 Publico 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 2876-0000-00-0147-16 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, 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).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. 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. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876-0000-00-0147-16.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase 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.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia el día 17/6/16 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.