

La nueva empresa adjudicataria de un servicio público puede extinguir la relación laboral por ineptitud sobrevenida de los trabajadores subrogados de la anterior concesionaria

Se cuestiona en el litigio si la nueva adjudicataria de un servicio público puede extinguir la relación laboral por ineptitud sobrevenida al amparo del art. 52 a) del ET, una vez que se ha subrogado en los trabajadores de la anterior concesionaria y constata que el demandante no dispone de la titulación requerida para el desempeño del puesto de trabajo.

Son hechos declarados probados que la empresa saliente no facilitó a la empresa recurrente la titulación de los trabajadores subrogados, sino tan solo el listado de los mismos y sus nóminas. Operada la subrogación, la empresa comprueba que el trabajador demandante no estaba en posesión de la titulación profesional exigida para desempeñar sus funciones como auxiliar de servicios sociales en un albergue del Ayuntamiento de Madrid. Ante esta situación la recurrente intentó conseguir la autorización para mantener al trabajador, pero le fue denegada. Afirma la Sala que se está en presencia de una circunstancia sobrevenida porque la titulación profesional no era anteriormente exigida cuando la empresa saliente ostentaba la concesión del servicio, por lo que se cumplen los requisitos que impone el art. 52 a) del ET para activar, como se hizo, la extinción de la relación laboral.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia 306/2023, de 25 de abril de 2023

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 1931/2022

Ponente Excmo. Sr. SEBASTIAN MORALO GALLEGO

En Madrid, a 25 de abril de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Pablo Pilar López, en nombre y representación de Grupo 5 Acción y Gestión Social, S.A.U., contra la sentencia dictada el 21 de diciembre de 2021, aclarada por auto de 14 de febrero de 2022, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 756/2021, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 39 de Madrid, de fecha 21 de junio de 2021, recaída en autos núm. 357/2021, seguidos a instancia de D. Jose Manuel contra Grupo 5 Acción y Gestión Social, S.A.U. y el Fondo de Garantía Salarial, sobre despido.

Ha sido parte recurrida D. Jose Manuel, representado y defendido por el letrado D. José Manuel Salvador González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de junio de 2021 el Juzgado de lo Social n.º 39 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" 1.º. - El actor D. Jose Manuel, ha venido prestando servicios por tiempo indefinido, a jornada completa, para la empresa demandada GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL S.A., dedicada a la actividad económica de prestación de todo tipo de servicios sociales, educativos, sociosanitarios,

socioeducativos y/o psicosociales, desde el 1 de enero de 2021, con antigüedad reconocida por subrogación de 3 de diciembre de 2015, ocupando puesto de trabajo de Gobernante/Técnico de Integración Social y salario mensual bruto con prorrateo de pagas extras de 1.370,10 euros.

2.º.- El demandante ha venido prestando servicios propios de su categoría en el albergue municipal "Mejía Lequerica", primero para la Comisión Española de Ayuda al Refugiado y a partir del 1 de enero de 2021, para la demandada, en virtud de la concesión del servicio otorgada por el Ayuntamiento de Madrid.

3.º. - El servicio objeto de contratación exige una plantilla de 24 trabajadores, según pliego de condiciones. La plantilla objeto de subrogación ascendía a 20 trabajadores, de los cuales dos se negaron a ser subrogados, siete son puestos de técnicos de integración social. Según pliego de prescripciones técnicas de la contrata el puesto de técnico de integración social/auxiliar de servicios sociales exige titulación de técnicos de integración social, auxiliar de servicios sociales o similar, con experiencia en el desarrollo de funciones similares (folio 179).

4.º. - Al tiempo de la subrogación no se facilitó a GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL S.A. la titulación de los trabajadores subrogados, sino tan solo se le facilitó la lista de trabajadores y una nómina.

5.º. - Como quiera que tras asumir la plantilla la demandada se percató de que el demandante y otro trabajador no estaban en posesión de la titulación, aunque sí acreditan una experiencia de cinco años en el puesto, la empresa consulta/solicitud al Ayuntamiento de Madrid, sobre la posibilidad de mantener al actor en el desempeño de dichas funciones. La consulta fue rechazada por la corporación local, que se remite a la exigencia contenida en el pliego de cláusulas administrativas y técnicas de la contratación, que exige estar en posesión de la titulación de técnico de integración social, auxiliar de servicios sociales o similar.

6.º. - Por carta fechada el 16 de febrero de 2021, la empresa comunicó al actor la extinción del contrato con efectos del mismo día, mediante despido objetivo basado en la ineptitud sobrevenida de su capacitación profesional para desarrollar su puesto de trabajo, debido a la falta de titulación para el desempeño del mismo, ex art. 52.a) del ET (EDL 2015/182832), del tenor que consta en el indicado documento, que se tiene por reproducido en aras a la brevedad (folios 102 y 103). El demandante percibió mediante transferencia, la liquidación que incluye el preaviso y la indemnización calculada en la suma de 4.871,51 euros (folio 104).

7.º.- Además del actor, han sido despedidos por la empresa los siguientes trabajadores adscritos al servicio en el albergue municipal "Mejía Lequerica": 1.- D. Juan Alberto., con categoría de limpiador-conserje-ordenanza, despido objetivo por ineptitud sobrevenida (falta de titulación de vigilante de seguridad). 2.- D. Pedro Antonio., con categoría de limpiador-conserje-ordenanza, despido objetivo por ineptitud sobrevenida (falta de titulación de vigilante de seguridad). 3.- D. Pablo Jesús., con categoría de limpiador-conserje-ordenanza, despido objetivo por ineptitud sobrevenida (falta de titulación de vigilante de seguridad). Por sentencia del Juzgado de lo Social n.º 41 de los de Madrid, autos 197/21, de fecha 17 de mayo de 2021, se estima la demanda con declaración de la improcedencia de los despidos de estos tres trabajadores. 4.- D. Alejandro., con categoría de limpiador, despido objetivo por razones organizativas debido al sobredimensionamiento de la plantilla al exigir el pliego de condiciones técnicas la contratación del servicio de limpieza y desinfección a una empresa de inserción. 5.- Dña. Valentina., con categoría de limpiadora, despido objetivo por razones organizativas debido al sobredimensionamiento de la plantilla al exigir el pliego de condiciones técnicas la contratación del servicio de limpieza y desinfección a una empresa de inserción. 6.- Dña. Zulima., con categoría de limpiadora, despido objetivo por razones organizativas debido al sobredimensionamiento de la plantilla al exigir el pliego de condiciones técnicas la contratación del servicio de limpieza y desinfección a una empresa de inserción. Por sentencia del Juzgado de lo Social n.º 40 de Refuerzo de Madrid, autos 180/21, de fecha 27 de mayo de 2021, se estima la demanda, con

declaración de la improcedencia de los despidos de estos tres trabajadores. 7.- Dña. María Milagros., con funciones de Gobernanta/Técnico de Integración Social, despido objetivo por ineptitud sobrevenida (falta de titulación de técnico de integración social). Por sentencia del Juzgado de lo Social n.º 14 de los de Madrid, de fecha 9 de junio de 2021, autos 363/21, se desestima la demanda con declaración de la procedencia del despido. 8.- Dña. María Purificación., con funciones de Gobernanta/Técnico de Integración Social, despido objetivo por causas organizativas. 9.- Dña. Agueda., con funciones de Gobernanta/Técnico de Integración Social, despido objetivo por causas organizativas. Estas dos últimas trabajadoras interpusieron demanda de despido que fue turnada al Juzgado de lo Social n.º 22, de los de Madrid, autos 192/21, sin que conste recaída sentencia en el momento actual.

8.º.- Las relaciones laborales entre la empresa y la plantilla adscrita al servicio se rigen por el convenio colectivo estatal de acción e intervención social.

9.º.- Se interpuso la preceptiva papeleta de conciliación ante el órgano competente en fecha 1 de marzo de 2021, sin que haya tenido lugar la celebración del acto, habiendo presentado demanda el 22 de marzo, repartida a esta Juzgado el 24 de marzo de 2021".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Desestimamos la demanda presentada por D. Jose Manuel, frente a la empresa GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL, S.A. y el FOGASA, en reclamación de despido, debo declarar y declaro procedente la decisión extintiva de que fue objeto el actor con efectos de 16 de febrero de 2021, con absolución a los demandados de los pedimentos de la demanda".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el actor ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 21 de diciembre de 2021, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimamos el Recurso de Suplicación número 756/2021 formalizado por el letrado DON JOSÉ MANUEL SALVADOR GONZÁLEZ en nombre y representación de DON Jose Manuel, contra la sentencia número 228/2021 de fecha 21 de junio, dictada por el Juzgado de lo Social número 39 de los de Madrid, en los autos número 357/2021, seguidos a instancia del recurrente frente a GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL, S.A., siendo parte el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, por despido y en consecuencia revocamos la misma y declaramos el despido del trabajador improcedente, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, y a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre el abono de una indemnización cifrada en SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES EUROS CON DIECIOCHO CÉNTIMOS (7.803,18 euros) o por la readmisión y el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique esta sentencia o hasta que el trabajador haya encontrado otro empleo, si tal colocación es anterior a la misma y se prueba por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación, en el presente caso a razón de 45,04 euros diarios, así como a mantenerle en alta en Seguridad Social durante el mismo período. SIN COSTAS".

Por auto de 14 de febrero de 2022 se acordó aclarar la precitada sentencia, cuyo fallo queda redactado como sigue: "Que estimamos el Recurso de Suplicación número 756/2021 formalizado por el letrado DON JOSÉ MANUEL SALVADOR GONZÁLEZ en nombre y representación de DON Jose Manuel, contra la sentencia número 228/2021 de fecha 21 de junio, dictada por el Juzgado de lo Social número 39 de los de Madrid, en los autos número 357/2021, seguidos a instancia del recurrente frente a GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL, S.A., siendo parte el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, por despido y en consecuencia revocamos la misma y declaramos el despido del trabajador improcedente, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, y a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre el abono de una indemnización cifrada en SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES EUROS CON DIECIOCHO CÉNTIMOS (7.803,18 euros) o por la readmisión y el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se

notifique esta sentencia o hasta que el trabajador haya encontrado otro empleo, si tal colocación es anterior a la misma y se prueba por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación, en el presente caso a razón de 45,04 euros diarios, así como a mantenerle en alta en Seguridad Social durante el mismo período, deduciéndose de la cantidad correspondiente a una u otra opción la de 4.871,51 euros ya abonados al demandante por el despido. SIN COSTAS".

TERCERO.- Por la empresa demandada se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 29 de noviembre de 2021, dictada en rec. 548/2021. La parte considera que la sentencia impugnada incurre en la infracción del artículo 52. a) del ET.

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Tras ser impugnado por el actor, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser estimado.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 25 de abril de 2023, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver es la de determinar si la nueva empresa adjudicataria de un servicio público puede extinguir la relación laboral por ineptitud sobrevenida al amparo del art. 52 a) ET, una vez que se ha subrogado en los trabajadores de la anterior concesionaria y constata que no disponen de la titulación requerida para el desempeño del puesto de trabajo.

2. - La sentencia del juzgado de lo social desestima la demanda de despido y considera ajustada a derecho la actuación de la empresa, que en esas circunstancias se acoge a la causa de extinción de la relación laboral del art. 52 letra a) ET cumpliendo con los requisitos exigidos por el art. 53 ET.

El recurso de suplicación del trabajador es estimado en la sentencia de la Sala Social del TSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2021, rec. 756/2021, que califica como despido improcedente la extinción de la relación laboral.

Entiende que no existe ineptitud sobrevenida alguna, porque el trabajador no ha perdido la capacidad necesaria para el desempeño de su puesto de trabajo, que ha venido prestando desde cinco años antes del despido a entera satisfacción y en las mismas circunstancias, ni puedan afectar a la relación laboral las condiciones establecidas en los pliegos administrativos que no están contempladas en el convenio colectivo de aplicación que regula la sucesión empresarial.

3. - Contra dicha sentencia recurre la empresa en casación unificadora. Denuncia infracción del art. 52 letra a) ET, para sostener que concurren los presupuestos legales que habilitan la extinción de la relación laboral por ineptitud sobrevenida, tras operar una subrogación de personal en el marco de una contrata con la administración pública, en la que el pliego de prescripciones técnicas exige una determinada titulación profesional de los trabajadores que anteriormente no requería.

Hace valer de contraste la sentencia de la misma Sala Social del TSJ de Madrid de 29 de noviembre de 2021, rec. 548/2021, relativa a otro trabajador del mismo centro de trabajo integrado en la misma concesión administrativa objeto de subrogación.

4.- El demandante formula escrito de impugnación en el que solicita la desestimación del recurso, porque el Convenio Colectivo impone la obligación de subrogarse en la relación laboral en las mismas condiciones existentes con la anterior concesionaria del servicio, que no puede quedar alterada por lo que disponga el pliego de condiciones de la contrata.

El Ministerio Fiscal informa en favor de su estimación, por cuanto el pliego de prescripciones técnicas de la concesión administrativa exige que el trabajador disponga del título de técnico de integración social del que el demandante carece.

SEGUNDO.1. - Debemos resolver si entre la sentencia recurrida y la referencial hay contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1.º LRJS, que, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

2. - Lo que no ha sido cuestionado por el demandante en su escrito de impugnación y merece sin duda una respuesta afirmativa, ya que en la referencial se trata de otra trabajadora de la misma empresa y del mismo centro de trabajo sobre el que opera la subrogación empresarial, tras la adjudicación a la recurrente de la misma concesión administrativa para la gestión del servicio, y que igualmente carece de la titulación profesional expresada en el pliego de prescripciones técnicas.

La empresa extingue asimismo su contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida al amparo del art. 52 letra a) ET. La sentencia de contraste desestima la demanda de despido de los trabajadores y declare el cese como ajustado a derecho, al entender que concurren los presupuestos y condiciones jurídicas que permiten esa modalidad de extinción contractual.

Estamos de esta forma ante situaciones fácticas y jurídicas absolutamente coincidentes, frente a las que las sentencias en comparación aplican doctrinas contradictorias que deben ser unificadas.

TERCERO. 1. - El punto de partida para la resolución del asunto no puede ser otro que lo dispuesto en el art. 52 letra a) ET, al establecer que el contrato de trabajo podrá extinguirse por causas objetivas: "Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento".

De ese texto debemos destacar ahora un elemento singularmente relevante para la resolución del asunto, cual es el hecho de que el precepto exige que la ineptitud haya de ser desconocida por la empresa en el momento del inicio de la relación laboral, o sobrevenida con posterioridad al comienzo de la misma y a la finalización, en su caso, del periodo de prueba.

Por su parte, el art. 53 ET regula la forma y efectos de la extinción por causas objetivas, lo que en este caso no es objeto de discusión al haber respetado la empresa todas las exigencias al efecto.

2.- Como señala la STS 177/2022, de 23 de febrero (rcud. 3259/2020) "La noción de ineptitud sobrevenida, a falta de una definición legal expresa, se ha asociado a una falta de habilidad para el desempeño de la actividad laboral que resulta en impericia o incompetencia y se traduce en un bajo rendimiento o productividad de carácter permanente y no relacionado con una actitud dolosa del trabajador. Se puede relacionar con una disminución de las condiciones físicas o psíquicas del trabajador o con la ausencia o disminución de facultades, condiciones, destrezas y otros recursos personales necesarios para el desarrollo del trabajo en términos de normalidad y eficiencia, entendido como imposibilidad de desempeño de todas o al menos las funciones básicas del puesto de trabajo. Cabe, a estos efectos, dentro del concepto de ineptitud la ausencia o falta de una condición legal o requisito específico, como puede ser la pérdida de una autorización o título habilitante para el ejercicio de la actividad, como la privación del permiso de conducir cuando sea exigible conducir para el ejercicio del puesto de trabajo".

En lo que específicamente se refiere a la ineptitud sobrevenida derivada de la falta de una condición legal, requisito específico, autorización o título habilitante para el ejercicio de una determinada actividad, son diversas las sentencias de esta Sala IV que han tratado desde antiguo de esta materia, para admitir que la empresa pueda acogerse a esta modalidad de extinción de la relación laboral si el

trabajador pierde o carece de las titulaciones o autorizaciones administrativas necesarias para el desempeño de la actividad.

Por tratarse de una situación jurídica muy próxima a la que estamos analizando, no podemos de dejar de mencionar la STS 642/2021, de 23 de junio (rcud. 3444/2018), en la que concluimos que esta es la causa de extinción del contrato de trabajo que debe arbitrarse en los casos del trabajador extranjero que pierde la autorización administrativa para trabajar y residir en España, en la medida en que esa circunstancia imposibilita la continuación del contrato de trabajo, sin que a la vez pueda negarse que se trata de un supuesto en el que la causa de resolución es ajena a la empresa.

En ella recordamos que "esta es la solución que la Sala ha dado a supuestos similares, así, entre otras: la falta de la correspondiente autorización administrativa para ser Oficial de la Marina Mercante (STS de 29 de diciembre de 1988); la falta de titulación necesaria para seguir dando clases que constituían el objeto de su contrato (STS de 29 de marzo de 1984), la pérdida del permiso de conducir cuando éste era inherente al objeto del contrato de trabajo (STS de 27 de octubre de 1983) y ello porque la ineptitud se reconduce a una genérica falta de aptitud o de conocimientos para el trabajo pactado, incluida la carencia de titulación o autorización exigida para la realización del trabajo".

3. - Las sentencias que acabamos de citar recogen la consolidada doctrina jurisprudencial en la materia, frente a la que no puede prevalecer el puntual y restrictivo criterio que aisladamente expresa la STS de 2 de mayo de 1990 -a la que se acoge el trabajador en su demanda-, que define la ineptitud sobrevenida como "una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo -rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc---.", y seguidamente concluye, que "No se incluyen dentro del concepto de ineptitud los supuestos, como el presente, de imposibilidad legal de desarrollo de un trabajo, por lo que no son de aplicación al caso los arts. 52.a) y 53 del Estatuto de los Trabajadores (ET)".

Tan limitada concepción, que únicamente considera como ineptitud la pérdida de las facultades profesionales del trabajador y excluye de tal concepto el supuesto de imposibilidad legal de desarrollar un trabajo, ha quedado superada con la doctrina que hemos referenciado en el apartado anterior, que, como se ha visto, integra dentro de las situaciones constitutivas de ineptitud del art. 52 letra a) ET las que puedan derivarse de los obstáculos legales que impiden el desempeño del puesto de trabajo.

CUARTO. 1.- En el presente caso la empresa resulta adjudicataria de la concesión administrativa para la prestación del servicio público de gestión integral de centros de acogida temporal a familias con menores y/o mujeres solas y migrantes en situación de vulnerabilidad o emergencia social, del que es titular el Ayuntamiento de Madrid.

En tal condición sustituye a la anterior adjudicataria, la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, y en fecha 1 de enero de 2021 se subroga en la relación laboral de todos los trabajadores del albergue municipal "Mejía Lequerica", en virtud de lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas de la contrata, que se remiten a lo establecido en el Convenio Colectivo Estatal de acción e intervención social.

El art. 13 de dicho convenio colectivo, en lo que ahora interesa, dispone lo siguiente: "SUBROGACIÓN.1. Principio general. Las partes firmantes del presente Convenio con el fin de dar cumplimiento a los principios de estabilidad y calidad del empleo de los trabajadores y trabajadoras del sector, acuerdan establecer un mecanismo de subrogación empresarial, por o para quien suceda y/o capte parte de la actividad de otra organización, en los supuestos y condiciones que se detallan a continuación...El cambio de titularidad en el contrato de prestación de servicios o fórmula jurídica equivalente, suscrito entre las entidades y/o empresas afectadas por el presente Convenio y los

destinatarios de dicho servicio o clientes comporta que la nueva entidad y/o empresa adjudicataria del servicio o continuadora de la actividad, se subrogue en los derechos y obligaciones que el anterior tenía con respecto a sus trabajadores y trabajadoras, y socios y socias trabajadores y trabajadoras cooperativistas."

Al tiempo de la subrogación la empresa saliente no facilitó a la recurrente la titulación de los trabajadores subrogados, sino tan solo el listado de los mismos y sus nóminas.

Una vez operada la subrogación, la empresa comprueba que el trabajador demandante, que según los hechos probados ocupa el puesto de trabajo de Gobernante/Técnico de integración social, no está en posesión de la titulación profesional de técnico de integración social, auxiliar de servicios sociales o similar, exigida para desempeñar esas funciones.

En tal circunstancia formula una consulta al Ayuntamiento de Madrid sobre la posibilidad de mantener al trabajador en el desempeño de las tareas, teniendo en cuenta que acredita una experiencia de cinco años y pese a que no disponga de la titulación necesaria.

Lo que es rechazado por la corporación local, que se remite a las condiciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas y técnicas de la contrata, en el que se exige que el trabajador haya de ostentar aquella titulación profesional.

2.- Así las cosas, no cabe duda de que la empresa ha cumplido fielmente con la obligación de subrogación que le impone el Convenio Colectivo, integrando en su plantilla a los trabajadores destinados en el centro de trabajo a los que afecta el cambio de concesionario, asumiendo la relación laboral de todos ellos y consumando de esta forma la obligada subrogación que el convenio le impone y a la que se remite de forma expresa el propio pliego de condiciones administrativo.

La pretensión ejercitada en la demanda es la de que se califique como despido improcedente la extinción de la relación laboral, y los fundamentos jurídicos en los que se sustentan pasan por entender que la actuación de la empresa contraviene lo dispuesto en el convenio colectivo, por cuanto habría obrado en fraude de ley al admitir formalmente la subrogación para despedir posteriormente al trabajador y vaciar de contenido esa obligación.

Contra lo sostenido por el demandante, no hay el menor indicio que permita sospechar que la actuación empresarial pudiere calificarse como abusiva, torticera o fraudulenta por estar realizada con ánimo de eludir las obligaciones de subrogación derivadas del convenio colectivo, bajo el subterfugio de aparentar la asunción de dicha obligación y articular posteriormente un despido objetivo carente de cualquier base para burlarla.

Todo lo contrario, la empresa intentó conseguir del Ayuntamiento la autorización para mantener al trabajador en su puesto de trabajo pese a no disponer de la titulación exigida para su desempeño, invocando para ello la constatada experiencia profesional adquirida en los cinco años de ejercicio de esa actividad, lo que le fue expresamente denegado por la administración al no admitir que esa trayectoria profesional pudiere suplir la carencia del título.

La subrogación convencional operó por lo tanto con todas sus consecuencias jurídicas, sin que la empresa hubiere puesto el menor reparo en la asunción de esa obligación. No estamos por lo tanto ante un conflicto entre la obligación de subrogación del convenio colectivo y ausencia de titulación profesional el trabajador.

Recordemos en ese particular, que la doctrina de esta Sala sobre la subrogación convencional expresada en las SSTs 28/9/2011, rcud. 4376/2010; 2/7/2012, rcud. 2626/2011; 25/2/2014, rcud. 4374/2011, entre otras, exime a la empresa entrante de esa obligación cuando el trabajador carece de la autorización administrativa necesaria para el desempeño del puesto de trabajo, por tratarse de un requisito esencial que "afecta a la recta configuración de la relación jurídica contractual entre

trabajador y empresario, por lo que a la adjudicataria entrante respecta, que no puede verse compelida a efectuar el servicio con trabajadores carentes de los requisitos legalmente exigidos para el desarrollo de la específica actividad, con independencia de que conste que ya posee en su plantilla personal afectado por la misma irregularidad, circunstancia que no puede servir para imponerle la perseverancia en un modus operandii carente de acomodo legal".

Pese a existir esa posibilidad, lo cierto es que en este caso la empresa se ha subrogado pacíficamente en el trabajador que carece de la habilitación profesional necesaria.

Desde esta perspectiva jurídica no cabe oponer tacha de legalidad alguna a su actuación, puesto que efectivamente incorpora a su plantilla a los trabajadores de la anterior concesionaria desde el momento mismo en el que se hace cargo de la concesión administrativa.

3. - Es una vez operada la sucesión y cuando el trabajador ya forma parte de la plantilla de la empresa, que aparece el dato de que no dispone de la titulación profesional necesaria para el ejercicio de esa actividad, y es entonces cuando la empresa activa el despido por causas objetiva tras haber intentado infructuosamente conseguir la autorización del Ayuntamiento para mantener al trabajador en su puesto.

Lo que no solo evidencia la inexistencia de cualquier atisbo de fraude de ley, sino que además acredita que la empresa ignoraba la falta de titulación en el momento de la subrogación, porque el art. 13.1 del Convenio Colectivo, al enumerar el listado de documentación que la concesionaria saliente ha de facilitar a la entrante, no le impone la obligación de entregar la relativa a la titulación profesional de cada uno de los trabajadores.

La ineptitud no era por lo tanto conocida en el momento de iniciarse la relación laboral entre las partes.

Además de que, como puede desprenderse del contenido de la sentencia recurrida y de la referencial, se trata de una circunstancia sobrevenida, porque esa titulación profesional no era anteriormente exigida cuando la empresa saliente ostentaba la concesión del servicio.

Se cumplen de esta forma los requisitos que impone el art. 52 letra a) ET para activar esa clase de extinción de la relación laboral.

4.- Dicho eso, nos queda por analizar si efectivamente concurre la causa de ineptitud derivada de la falta de la titulación profesional exigida para el desempeño de las funciones correspondientes al puesto de trabajo en los términos que ya hemos señalado.

Sobre este particular, lo que trabajador alega en su demanda es que no concurre la ineptitud para el desempeño del puesto de trabajo invocada por la empresa, porque lleva cinco años realizando esas funciones con total normalidad sin que se haya producido merma alguna de sus habilidades para el adecuado desarrollo de la actividad, acogiéndose de esta forma a aquel concepto tan especialmente restrictivo de ineptitud que expresa la STS de 2 de mayo de 1990, a la que anteriormente nos hemos referido, para sostener, como en la misma se hace, que los supuestos de imposibilidad legal de desarrollo de un trabajo no se incluyen dentro del concepto de ineptitud del art. 52 letra A) ET.

No discute el demandante la validez y eficacia de esa exigencia legal de titulación, sino que pretende que prevalezca su acreditada experiencia de cinco años en el desarrollo del trabajo como prueba de que reúne las capacidades y conocimientos profesionales necesarios para el desempeño del puesto de trabajo.

Superada esa concepción en los términos que ya hemos expuesto, no se trata de que el trabajador haya sufrido una disminución de su capacidad laboral que le haga perder la aptitud para el desempeño del puesto de trabajo, sino de que ahora rige la exigencia de una titulación profesional de la que carece, desconocida por la empresa y que anteriormente era inexistente.

QUINTO. Conforme a lo razonado y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, debemos estimar el recurso, casar y anular la sentencia recurrida, y resolver el debate de suplicación en el sentido de desestimar el recurso de igual clase formulado por el demandante, para confirmar en sus términos la sentencia de instancia y declarar su firmeza. Sin costas y con devolución a la empresa recurrente de los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Grupo 5 Acción y Gestión Social, S.A.U., contra la sentencia dictada el 21 de diciembre de 2021, aclarada por auto de 14 de febrero de 2022, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 756/2021, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 39 de Madrid, de fecha 21 de junio de 2021, recaída en autos núm. 357/2021, seguidos a instancia de D. Jose Manuel contra Grupo 5 Acción y Gestión Social, S.A.U. y el Fondo de Garantía Salarial.
2. Casar y anular esa sentencia y resolver el debate de suplicación en el sentido de desestimar el recurso de igual clase formulado por el demandante, para confirmar en sus términos la sentencia de instancia y declarar su firmeza. Sin costas y con devolución del depósito y consignaciones constituidos por la empresa para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.