



Roj: **STSJ AND 13851/2018** - ECLI: **ES:TSJAND:2018:13851**

Id Cendoj: **41091340012018103708**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **27/12/2018**

Nº de Recurso: **4343/2017**

Nº de Resolución: **3743/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ANA MARIA ORELLANA CANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 4343/2017-D Sent. Núm. **3743/2018**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMOS. SRES.

DON EMILIO PALOMO BALDA

DOÑA ANA MARÍA ORELLANA CANO

DOÑA EVA M^a GÓMEZ SÁNCHEZ

En Sevilla, a 27 de diciembre de 2018.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA N^o 3743/2018

En el recurso de suplicación interpuesto por INSELMA, SA contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de los de Sevilla, autos nº 399/2016; ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA MARÍA ORELLANA CANO, Magistrada Especialista del Orden Jurisdiccional Social.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Según consta en autos, se presentó demanda por D. Serafin contra INSELMA, SA y INGEDEMO, SL, sobre despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 08/09/2017 por el Juzgado de referencia, en la que se estimó la demanda.

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

"PRIMERO.- El actor, D. Serafin , ha venido prestando sus servicios para la empresa INSELMA S.A desde el día 11/02/08 con categoría profesional de Oficial de 1^a, mediante un contrato de trabajo indefinido a jornada completa, con un salario a efectos de despido de 65,09 €/día. El Convenio Colectivo de Industrias de Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla es de aplicación a la relación laboral de las partes.

SEGUNDO.- El objeto del contrato de trabajo eran los trabajos de mantenimiento correctivo mecánico (Ref. M-42) desarrollados por la empresa en las instalaciones que COBRE LAS CRUCES S.A.U tiene en Carretera Aznalcóllar-Gerena s/n (Sevilla).



TERCERO.- COBRE LAS CRUCES tenía suscritos con INSELMA los siguientes contratos:

1.- Contrato de prestación de servicios de 01/12/09 (Ref. M-42) cuyo objeto era el mantenimiento correctivo mecánico de la planta de hidrometalúrgica de COBRE LAS CRUCES.

Los precios unitarios estaban calculados en función de la hora de servicio a proporcionar por categoría de trabajador, lo que incluía los costes directos derivados de la ejecución de los trabajos y los indirectos tales como formación, transporte, material de seguridad, gastos financieros, recurso preventivo, dirección facultativa, supervisor, responsable de turno, planificación, etc.

La primera suministraría a la segunda los equipos, componentes,, repuestos, lubricantes y consumibles necesarios para los trabajos. En cuanto a los medios y los equipos auxiliares, los medios de transporte de personal y herramientas serían de cuenta del contratista, y también aportaría las herramientas necesarias para realizar el servicio, sin perjuicio de que COBRE LAS CRUCES pusiera a disposición del contratista los útiles y herramientas específicos. Los medios de elevación y manutención serían por cuenta de COBRE LAS CRUCES, así como las radiocomunicaciones, obligándose la contratista a reparar estos últimos en caso de avería. En cuanto a los edificios auxiliares, el contratista dispondría de sus propias instalaciones para taller, oficinas, almacén, vestuarios y comedor en el lugar indicado por la primera.

2º Con fecha 03/02/16 COBRE LAS CRUCES notificó a INSELMA la resolución del contrato de fecha 08/10/08 de servicios de operación y/o mantenimiento en Cobre Las Cruces-Trabajos mecánicos con referencia M-11.

3º Con fecha 15/02/16 COBRE LAS CRUCES notificó a INSELMA la resolución del contrato de fecha 21/09/10 de servicios de limpieza de torres de refrigeración, filtros polishing primarios y secundarios y decantadores de SX en el complejo minerohidrometalúrgico Las Cruces con nº referencia 1135.

En este contrato se permite expresamente la subcontratación de determinados trabajos indicando el nombre de las empresas con la que se subcontrataría. Así figura GRÚAS DE ANDALUCÍA S.L. en trabajos de montaje y desmontaje de elementos de las torres de refrigeración, paneles de los filtros y barreras; y HERMANOS MULATOS S.L en relación a los trabajos de limpieza interior, filtros y cambio de telas en dos torres de refrigeración, en unos filtros de pulido primario y en trabajo de instalación de barreras, en este caso decantadores SX.

4º Con fecha 03/03/16 COBRE LAS CRUCES notificó a INSELMA la resolución del contrato de 22/09/10 relativo a los servicios de mantenimiento preventivo de la planta hidrometalúrgica de COBRE LAS CRUCES con Ref. M-51.

CUARTO.- En la ejecución de los anteriores contratos INSELMA ha facturado a COBRE LAS CRUCES materiales y ha subcontratado determinados trabajos con otras empresas entre los que figuran el montaje y desmontaje de andamios y el alquiler de grúas.

QUINTO.- La empresa COBRE LAS CRUCES sacó a concurso un contrato cuyo objeto era el mantenimiento integral de áreas de procesos hidrometalúrgicos de su planta de beneficio. Al concurso se presentó INSELMA pero el contrato fue finalmente adjudicado a INGEDEMO S.L, que se había constituido mediante escritura pública otorgada el 04/11/15 por las mercantiles PROYECTOS Y MONTAJES INGEMONT S.A e IDEMO XXI INGENIERÍA DE MONTAJES, propietarias al 50% del capital social.

SEXTO.- El 14/02/16 COBRE LAS CRUCES firmaron contrato de mantenimiento integral de áreas de procesos hidrometalúrgicos de la planta de beneficio de COBRE LAS CRUCES.

En la oferta económica se contempla una tarifa fija, que anualmente asciende a 412.361,70 € y que comprende personal fijo de estructura, personal de estructura general de INGEDEMO con implicación o apoyo directo en el contrato, dirección facultativa, un retén de asistencia de averías, una licencia adicional a máximo, oficina, vestuarios, almacenes, disponibilidad prioritaria de talleres e instalaciones externas a COBRE LAS CRUCES, descritas en la oferta, medios de transporte del personal asignado, medios de comunicación, equipos y herramientas específicos, disponibilidad de equipos y herramientas generales descritos en la oferta, equipos de protección individual, equipos de protección colectiva asignados al servicio y disponibilidad de otros equipos de protección colectiva enumerados en la oferta, formación del personal, reconocimientos médicos específicos, mediciones higiénicas y gastos financieros. Además, se contempla una tarifa variable integral que se certifica con los consumos reales en función de una tarifa horaria de ayudante, oficial, jefe de equipo, grúa y tarifa de metro cuadrado de andamio con una estimación anual de 55.218 horas. Así el variable integral asciende a 1.662.475,39 euros.

También se prevé un bono por objetivos y una tarifa variable adicional (TVA)



correspondientes a trabajos solicitados por COBRE LAS CRUCES que no están incluidos en la tarifa integral. En la COBRE LAS CRUCES se prevé que se solicitarán los servicios de mantenimiento del área FILTROS PRNESA bajo la modalidad TV, así como en las actividades de desmontaje y limpieza industrial de las torres de pulpa, barreras SX y filtros polishing 2º.

SÉPTIMO.- En los 6 meses anteriores a la finalización del contrato referido, la empresa INSELMA tenía adscritos 36 trabajadores al servicio de mantenimiento que prestaba en las instalaciones de COBRE LAS CRUCES.

OCTAVO.- COBRE LAS CRUCES ha tenido adscritos a los servicios de mantenimiento mecánico un total de 19 trabajadores en el periodo comprendido entre noviembre de 2010 a abril de 2016.

NOVENO.- En el proceso de cambio de la contrata COBRE LAS CRUCES comunicó a INGEDEMO que el porcentaje de preferencia de contratación en el caso de cambio de contrata era del 60 % mejorando así el 50% previsto en el art. 27 del CC aplicable, y además le comunicó que eran 36 los trabajadores de INSELMA adscritos a la contrata en los últimos 6 meses.

DÉCIMO.- Las vicisitudes relativas a la licitación, la pérdida de la contrata y a la nueva contratista fueron comunicadas por INSELMA a los trabajadores, incluyendo al actor.

UNDÉCIMO.- La empresa INGEDEMO solicitó a INSELMA listado del personal a subrogar con indicación de la antigüedad, tipo de contrato, TC1 y TC2 y contratos de trabajo.

DUODÉCIMO.- INSELMA facilitó a INGEDEMO una relación que incluía a 56 trabajadores con indicación de la categoría y la antigüedad, así como los TC1 y TC2 de mayo a diciembre de 2015, nóminas del mismo periodo y contratos de trabajo, lo que fue rechazado por INGEDEM argumentando que sólo tenían derecho preferente un total de 16 trabajadores.

DECIMOTERCERO.- INGEDEMO comunicó a COBRE LAS CRUCES el día 04/03/16 que procedería a contratar a 22 trabajadores. Finalmente, contrató ex novo un total de 22 trabajadores entre el 25/02/16 y 31/03/16, de una relación total de 36 trabajadores que fue facilitada por COBRE LA CRUCES, encontrándose entre estos, el administrador del contrato que ejercía de jefe de obra, el trabajador que realizaba funciones de responsable o supervisor, el recurso preventivo, 3 de los 6 trabajadores de planificación, el jefe de jefes de equipo y 5 de los 7 jefes de equipo; entre los que no se encuentra el actor.

DECIMOCUARTO.- Para la ejecución del contrato de mantenimiento integral que mantiene con COBRE LAS CRUCES, la empresa INGEDEMO ha subcontratado con otras empresas, como GRÚAS DE ANDALUCIA o HERMANOS MULATO, el suministro, montaje y desmontaje de andamios, el alquiler de grúas y maquinaria y el apoyo en trabajos de mantenimiento mecánico y limpieza.

DECIMOQUINTO.- Además, la empresa INGEDEMO ha subcontratado con INGEMON el mantenimiento eléctrico, en torno a 10 trabajadores, siendo el resto del personal adscrito a este mantenimiento de la propia INGEDEMO.

Este mantenimiento eléctrico no era prestado por INSELMA anteriormente.

DECIMOSEXTO.- El día 16/02/16 el trabajador recibió un burofax en el que INSELMA le comunica que con fecha 23/02/16 dejaba de prestar servicios de mantenimiento correctivo mecánico en las instalaciones de COBRE LAS CRUCES y que a partir del 23/02/16 el contrato sería ejecutado por INGEDEMO, por lo que debería ser subrogado por dicha empresa.

DECIMOSEPTIMO.- La parte demandante no ostenta ni ha ostentado, en el último año, la condición de representante legal ni sindical de los trabajadores.

DECIMOCTAVO.- Se ha presentado la papeleta de conciliación ante el CMAC, celebrándose el intento de conciliación sin avenencia.

TERCERO : Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada INSELMA, SA, que ha sido impugnado por la parte demandante y la parte demandada INGEDEMO, SL.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO : El actor prestó servicios para la empresa demandada INSELMA, S.A. hasta el 23 de febrero de 2016, fecha en la que consideró que debía haber sido subrogado por la nueva adjudicataria del servicio, INGEDEMO, S.L., lo que no ocurrió. La sentencia recurrida estima parcialmente la demanda, declara el despido improcedente y condena a la empresa saliente, que se alza en suplicación. La parte recurrente solicita, como primer motivo de recurso, con debido sustento adjetivo, la revisión del hecho probado primero de la sentencia recurrida, para que se modifique el importe del salario con base en las nóminas que constan en las actuaciones,



lo que vulnera el artículo 196.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social que establece que "también habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, el concreto documento o pericia en que se base cada motivo de revisión de los hechos probados que se aduzca e indicando la formulación alternativa que se pretende". A estos efectos, se ha de resaltar que las actuaciones están formadas por cinco tomos. Como segundo motivo se solicita la revisión del hecho probado quinto; pretensión que no ha de prosperar, por no evidenciarse error del órgano judicial de instancia de la prueba en la que se basa obrante en los correos electrónicos y en los contratos y las resoluciones obrantes a los folios 1102, 1123, 1125, 1138, 1153, 1154, 1162, 1163 y 1177 de autos. Igual suerte desestimatoria ha de seguir el tercer motivo de recurso en el que se solicita la revisión del hecho probado sexto, ya que pretende que se adicione los que constituían meras previsiones de contratación entre las empresas. Igual suerte ha de seguir el cuarto motivo de recurso, en el que se solicita la revisión del hecho probado séptimo, con base en un listado de control de acceso, elaborado por la propia empresa, que es un documental de parte, que no desvirtúa lo declarado probado por la juzgadora de instancia. Desfavorable acogida merece seguir el quinto motivo de recurso, en el que se pretende la revisión del hecho probado noveno, ya que se funda en correos electrónicos, que como tales carecen de eficacia probatoria, al no tener la condición de prueba documental en sentido técnico procesal. Se desestima también el sexto motivo de suplicación, que afecta al hecho probado décimo tercero, pues no se extrae lo pretendido de los documentos obrantes a los folios 1872 y 751 y 752 de la actuaciones. Improsperable destino ha de tener el séptimo motivo de recurso, en el que se pretende que se adicione al hecho probado décimo noveno las contrataciones de INGEDEMO, lo que no ha de prosperar, ya que no se evidencia error de la juzgadora del listado de altas presentado por la empresa, la vida laboral de la misma y los listados de trabajadores. Como octavo motivo de suplicación se solicita la revisión del hecho probado vigésimo, a lo que no se accede, pues tampoco se extrae lo pretendido de las facturas y, los boletines de cotización, ni del informe pericial, que ah sido valorado por la juzgadora. En el noveno motivo de recurso, se solicita que se adicione en el hecho probado vigésimo primero la conclusión del informe pericial, a lo que no se accede, pues no desvirtúa lo declarado probado por el órgano judicial de instancia. E igual suerte ha de seguir el décimo motivo de suplicación, en el que se solicita la revisión el hecho probado vigésimo segundo, con base en facturas, de las que no se extrae lo pretendido. Se desestiman, por tanto, los diez motivos de revisión fáctica.

SEGUNDO : Inalterada la resultancia fáctica declarada probada primera, la misma suerte desestimatoria ha de seguir el undécimo motivo de recurso, en el que se denuncia la infracción de los artículos 26 del Estatuto de los Trabajadores y 13.15 del convenio colectivo de aplicación, así como de la jurisprudencia que reseña, pues no ha quedado acreditado el salario que propugnaba la parte recurrente. La parte recurrente denuncia, como duodécimo motivo de suplicación, con adecuado amparo procesal, la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , de la Directiva Comunitaria 2001/23 y, de la jurisprudencia que reseña. Y, como último motivo de recurso, se denuncia la infracción del artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 27 del Convenio Colectivo de la Siderometalúrgica de Sevilla . Ambos serán objeto de análisis conjunto. La controversia suscitada se centra en determinar si la empresa entrante debió contratar o no al actor. El artículo 27 del Convenio Colectivo del sector de las industrias siderometalúrgicas de Sevilla, que regula la subrogación, distingue según que el contrato de mantenimiento se haya realizado con la Administración Pública o con una empresa privada. En el caso del contrato suscrito con una Administración Pública, establece que *"a la finalización de un contrato de mantenimiento ejecutado por empresa a la que sea de aplicación el presente Convenio Colectivo, suscrito con la Administración Pública, la nueva empresa adjudicataria de dicho trabajo, y desde el momento en que sea efectiva dicha adjudicación, asume el compromiso de subcontratar a los trabajadores/as que vinieran llevando a cabo ese trabajo, los cuales tendrán derecho a subrogarse en la nueva adjudicataria, siempre que se den los siguientes requisitos: a) Que la anterior empresa llevase al menos doce meses prestando el servicio objeto del contrato con la Administración Pública. b) No se podrá subrogar trabajadores/as que lleven menos de seis (6) meses afectos a ese servicio y centro de trabajo. c) Solo será objeto de subrogación los trabajadores/as que hayan sido contratados para la función de mantenimiento y así conste en sus contratos, salvo que se acredite ante la nueva empresa a plena satisfacción de esta, que el trabajador/a se encuentra adscrito al servicio de mantenimiento, en cuyo caso quedaría subrogado. Para que opere la subrogación la empresa cesante en el servicio de mantenimiento, deberá preavisar documentalmente al personal afectado la resolución del contrato firmado con la Administración Pública, así como a la nueva empresa adjudicataria del mismo, a la que deberá acreditar relación de los trabajadores/as afectados con sus contratos individuales debidamente diligenciados, así como las nominas y TC 2 donde se encuentren los mismos, de los últimos seis (6) meses. Asimismo, el trabajador/a percibirá con cargo exclusivo a su anterior empresa los haberes, de salarios, partes proporcionales de pagas extras, vacaciones, etc... que le pudiera corresponder, hasta la fecha que la empresa cesante dejó de prestar servicio, siendo única responsable de dichos pagos"* . Como se ha indicado anteriormente, el régimen es distinto cuando el contrato de mantenimiento se suscribe con otra empresa privada. En este supuesto, el artículo 27 del convenio colectivo dispone que *"en el caso de que la contrata hubiera sido suscrita entre una empresa subcontratista incluida en el ámbito funcional del presente*



Convenio y una empresa principal privada, si a su finalización se hiciera cargo de la citada contrata una nueva empresa y se mantuviera la actividad objeto de la subcontrata, esta última deberá otorgar preferencia de ingreso al 50% de los trabajadores/as que hubiesen desempeñado para la empresa cesante las funciones de la categoría profesional para la que se vaya a producir la nueva contratación, prevaleciendo entre éstos los trabajadores/as de mayor antigüedad. Para que resulte exigible el citado compromiso de ingreso preferente será necesario que, además, concurren todos los requisitos exigidos en el presente artículo para la subrogación de trabajadores/as de las contrataciones de mantenimiento suscritas con la Administración Pública". La hermenéutica gramatical de la norma convencional permite colegir que la subrogación en los trabajadores de la empresa saliente opera en el supuesto de contratación con la Administración Pública y, que en el caso de que se contrate con una empresa privada, no opera la subrogación, sino un derecho de ingreso preferente parcial de la plantilla. La empresa con la que se concertaron las contrataciones, a saber, la empresa Cobre Las Cruces, S.A. tenía carácter privado por lo que estamos en presencia del segundo supuesto y, no operó la subrogación del personal de la empresa saliente. Respecto del ingreso preferente, ha de resaltarse que la empresa Cobre las Cruces S.A. suscribió con los sindicatos UGT y CC.OO. y el Comité de Empresa, un Pacto de Sistematización y Compendio de Condiciones de Trabajo, el 11 de mayo de 2015, en el cual se estipuló que para los supuestos de cambio de proveedor, la empresa, dentro de sus facultades empresariales, exigiría al empresario entrante que aplicara lo previsto en el convenio provincial en materia de subrogación, pero mejorándose el porcentaje de trabajadores con derecho a la preferencia en el ingreso, que ascendería al 60%. Consta acreditado que la empresa entrante le comunicó a la recurrente y a Cobre las Cruces S.A., el 4 de marzo de 2016, que contrataría a 22 trabajadores, de los 36 adscritos al servicio durante los últimos seis meses, teniendo el demandante menor antigüedad que estos 22 trabajadores. Por este motivo no fue contratado y, a tenor de lo expuesto, ha de afirmarse que la empresa entrante no tenía, por tanto, obligación convencional de contratar al actor. Procede, en consecuencia, con desestimación del recurso de suplicación, la confirmación de la sentencia recurrida. La empresa recurrente pierde el depósito efectuado para recurrir y es condenada en costas. Una vez firme la presente sentencia, dése a la consignación el destino legal.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación formulado por INSELMA, S.A. y confirmamos la Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de los de Sevilla, autos nº 399/2016, promovidos por D. Serafin contra INSELMA, S.A. y INGEDEMO, S.L. La empresa recurrente pierde el depósito efectuado para recurrir y es condenada en costas. Una vez firme la presente sentencia, dése a la consignación el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, frente a esta sentencia, 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, así como que, transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Asimismo, se advierte al recurrente no exento, que deberá acreditar haber efectuado el depósito de **600 €**, en la **cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala, abierta en la entidad Banco de Santander, en la Cuenta-Expediente nº 4052 0000 35-4343-17), especificando en el campo concepto del documento resguardo de ingreso, que se trata de un "Recurso".**

Se condena a la recurrente al pago de las costas de este recurso, en las que sólo se comprenden -por no constar la reclamación de otros gastos necesarios-, los honorarios de la asistencia letrada de la parte que impugnó el recurso en cuantía de seiscientos euros (600 euros) que, en caso de no satisfacerse voluntariamente, podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el artículo 237.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social .

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

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.

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

PUBLICACIÓN .- La extiende yo, la Letrada de la Administración de Justicia para hacer constar que, una vez extendida la anterior **sentencia** y firmada por los Magistrados que la dictan, se procede a la publicación y depósito en la Oficina Judicial, en el día de la fecha; ordenándose su notificación y archivo y dándose publicidad en la forma permitida u ordenada en la Constitución y en las Leyes. Doy fe.