



Roj: **STSJ CAT 271/2019** - ECLI: **ES:TSJCAT:2019:271**

Id Cendoj: **08019340012019100220**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **24/01/2019**

Nº de Recurso: **5699/2018**

Nº de Resolución: **358/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MATILDE ARAGO GASSIOT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2016 - 8015005

EL

Recurs de Suplicació: 5699/2018

IL LM. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

IL LMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT

IL LMA. SRA. JUANA VERA MARTINEZ

Barcelona, 24 de gener de 2019

La Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats més amunt,

EN NOM DEL REI

ha dictat la següent

SENTÈNCIA NÚM. 358/2019

En el recurs de suplicació interposat per Gumersindo a la sentència del Jutjat Social 4 Barcelona de data 29 de desembre de 2017, dictada en el procediment núm. 325/2016, en el qual s'ha recorregut contra la part Capgemini España, S.L.U., Infortec Consultores, S.A.U., IBM Global Services España, S.A. i Fondo de Garantía Salarial, ha actuat com a ponent l'Il·lma. Sra. MATILDE ARAGÓ GASSIOT.

ANTECEDENTS DE FET

Primer. Va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre acomiadament en general, la qual l'actor al·lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 29 de desembre de 2017, que contenia la decisió següent:

" **Desestimo l'excepció de manca de legitimació passiva** invocada per Capgemini España, SLU i IBM Global Services España, SA.

Estimo la demanda d'acomiadament interposada pel Sr. Gumersindo contra les empreses Infortec Consultores, SAU i IBM Global Services España, SL, declaro la nul·litat de la improcedència de l'acomiadament del demandant de 31 de març de 2016 i condemno solidàriament a ambdues empreses a estar i passar per aquesta declaració, i a que a la seva opció- que hauran de fer en aquest Jutjat en el termini de cinc dies posteriors a la notificació d'aquesta sentència - bé que el readmetin al seu mateix lloc de treball, amb pagament



dels salaris de tramitació des de la data de l'acomiadament i fins el de la notificació d'aquesta sentència a raó de 81,97€/dia, bé a que li abonin la quantitat de 10.143,44€. I declaro l'existència de cessió il·legal entre l'empresa Infotec Consultores, SAU i IBM Global Services España, es té per feta l'elecció del treballador d'integrar-se com a personal indefinit a la plantilla d'aquesta darrera, que d'optar per la readmissió, s'haurà de fer amb les condicions de categoria i antiguitat que consten al fet primer d'aquesta resolució.

Absolc Capgemini España, SLU de les pretensions dirigides contra ella.

Absolc Fondo de Garantía Salarial de les pretensions dirigides contra ell, sense perjudici de la responsabilitat legal que li pugui correspondre"

Segon. En aquesta sentència es declaren com a provats els fets següents:

" *Primer* . El Sr. Gumersindo , va ser contractat per Infotec Consultores, SAU el 16-7-2012, amb la categoria professional d'analista de sistemes i per una retribució mensual de 2500€, inclosa la part proporcional de les pagues extraordinàries.

El Sr. Gumersindo prestava serveis al centre de treball de l'empresa IBM Global Services España, SA, situat a l'Avgda. Diagonal, 571 de Barcelona adscrit al contracte de gestió de processos interns de Banco Sabadell-Atlántico (fet conforme).

Amb anterioritat al ser contractat per Infotec Consultores, SAU el treballador havia estat contractat per la mercantil Capgemini España, SLU, prestant serveis també al centre de treball d'IBM Global Services España, SA, des del i fins el 15-5-2012 en què causa baixa voluntària d'aquella (foli 349)

Segon. El 16-3-2016 Infotec Consultores, SAU, envià a l'ara demandant, a través de burofax, escrit en què li feia avinent la voluntat d'extingir el contracte per causes objectives (art. 52 c) ET) amb efectes del dia 31 del mateix mes. En concret, la comunicació extintiva, què donem aquí per íntegrament reproduïda, justificava la decisió extintiva en base a la voluntat de l'empresa IBM Global Service España, SA de centralitzar en un únic proveïdor projectes que estaven contractats a diversos, entre els quals quedava afectat el contracte que tenia amb la codemandada Infotec Consultores, SAU i que havia de centralitzar-se a Saragossa. L'empresa posa a disposició del treballador la quantitat de 6.147€ en concepte d'indemnització legal per acomiadament objectiu (folis 9 i 10).

Tercer. El 22-12-2015 IBM Global Service España, SA formalitzà, sota la forma jurídica de "Pedido de compra", la contractació d'Infotec Consultores, SAU en virtut del què aquesta assumia la gestió de processos interns de Banco Sabadell-Atlántico pel període d'1-1-2016 a 31-12-2016 en el marc del contracte de prestació de serveis entre aquest i IBM Global Service España, SA. El preu pactat pel servei contractat era de 28,08€/hora (folis 382 a 407).

Quart. El 22-1-2016 IBM Global Service España, SA comunicà a Infotec Consultores, SAU la decisió definitiva d'agrupar en un sol proveïdor els serveis que no requereixen presència física a les instal·lacions del client, i que en el cas del servei que prestava Infotec Consultores, SAU suposava la centralització en una empresa del mateix grup que IBM Global Service España, SAU a partir el 31-3-2016 (foli 408).

Cinquè. El demandant per la prestació de serveis emprava l'equip informàtic que li assignava IBM Global Service España, SAU (folis 245 a 248).

Sisè. IBM Global Service España, SA facilità al treballador identificador específic per poder accedir a les zones comunes de l'edifici en què estava situat el centre de treball (foli 163).

Setè. El Sr. Gumersindo tenia una adreça de correu electrònic proporcionada per IBM Global Service España, SAU, tot i que es diferencia de la del personal d'IBM perquè apareix la menció expressa de "contractor" (foli 171).

Vuitè. El treball s'organitzava a través de reunions diàries de treball en què assistia el personal d'IBM Global Service España, SAU i de les empreses contractistes, entre aquest hi feia acte de presència el Sr. Gumersindo (testifical Sr. Roque).

Novè. Pel que fa a les vacances i permisos, les vacances les havia de sollicitar a Infotec Consultores, SAU, que al seu temps traslladava la petició a IBM Global Service España, SAU, tot i així la gestió de les vacances es feia de forma conjunta que prestava serveis a l'empresa, amb independència de si eren de plantilla o d'empresa contractada. I respecte dels permisos el treballador els havia de sollicitar i aquest ho comunicava al manager d'IBM que era qui tenia la darrera paraula (testifical Sr. Roque , folis 275 i 276, 304 a 306, 354 a 356).

Desè. Els torns de prestació de serveis eren organitzats pel responsable d'IBM (folis 267 i 268).



Onzè. El 29-1-2016 l'ara demandant va presentar demanda per cessió il legal i reconeixement de dret de l' art. 43.4 ET contra les ara demandades. La demanda correspongué per torn al Jutjat Social núm. 2 de Barcelona (folis 319 a 337).

Dotzè. El demandant no ostenta ni ha ostentat representació legal o sindical dels treballadors el darrer any.

Tretzè. Presentades les paperetes de conciliació obligatòria davant dels Serveis Territorials del Departament d'Empresa i Ocupació a Barcelona, el 21-4-2016 es celebrà l'acte de conciliació què finalitzà sense efecte per incompareixença de la part demandada."

Tercer. En data 25 d'abril de 2018 es va dictar in terlocutòria d'aclariment, la part dispositiva és del tenor literal siguiente:

" Acordo completar la sentència dictada en aquestes actuacions, afegint-hi al fet provat primer el següent paràgraf:

"Abans de prestar serveis per compte de Capgemini España, SLU el treballador va prestar serveis per compte de la mercantil Transiciel, SL - posteriorment Sogeti España, SL - des del 16-3-2005 i fins el 31-10-2010. L'1-11-2010 passà a prestar serveis per a Capgemini España, SLU, què li reconegué una antiguitat a l'empresa d'1-6-2005 (folis 234 a 237, 87 a 163)

Així mateix, cal completar i aclarir la part dispositiva de la sentència, tot consignant expressament l'absolució de Transiciel, SL - posteriorment, denominada Sogeti España, SL -, i aclarint el descompte de les quantitats indemnitzatòries ja percebudes pel Sr. Gumersindo . En conseqüència, el fallo de la sentència ha de quedar redactat en els següents termes:

" **Desestimo l'excepció de manca de legitimació passiva** invocada per Capgemini España, SLU i IBM Global Services España, SA.

Estimo en part la demanda d'acomiadament interposada pel Sr. Gumersindo contra les empreses Infortec Consultores, SAU i IBM Global Services España, SL, declaro la improcedència de l'acomiadament del demandant de 31 de març de 2016 i condemno solidàriament a ambdues empreses a estar i passar per aquesta declaració, i a que a la seva opció- que hauran de fer en aquest Jutjat en el termini de cinc dies posteriors a la notificació d'aquesta sentència - bé que el readmetin al seu mateix lloc de treball, amb pagament dels salaris de tramitació des de la data de l'acomiadament i fins el de la notificació d'aquesta sentència a raó de 81,97€/dia, bé a que li abonin la quantitat de 10.143,44€. Quantitat de la què s'haurà de descomptar la quantitat corresponent a la indemnització per causes objectives per import de 6147€ ja percebuda pel treballador.

I declaro l'existència de cessió il legal entre l'empresa Infortec Consultores, SAU i IBM Global Services España, es té per feta l'elecció del treballador d'integrar-se com a personal indefinit a la plantilla d'aquesta darrera, que d'optar per la readmissió, s'haurà de fer amb les condicions de categoria i antiguitat que consten al fet primer d'aquesta resolució.

Absolc Capgemini España, SLU i Transiciel, SL- posteriorment Sogeti España, SL- de les pretensions dirigides contra elles.

Absolc Fondo de Garantía Salarial de les pretensions dirigides contra ell, sense perjudici de la responsabilitat legal que li pugui correspondre."

Quart.- Aquesta interlocutòria es va aclarar per interlocutòria de data 23 de maig de 2018, es va dictar interlocutòria d'aclariment de l'anterior

Aclaro el Auto de fecha 13 de julio de 2018 dictada/o el día en el presente procedimiento, en los siguientes términos:

Tengo por ejercitada por las empresas demandadas INFORTEC CONSULTORES, S.A.U. e IBM GLOBAL SERVICES ESPAÑA, S.L. la opción en el sentido de que abonarán respectivamente a la parte demandante la cantidad de 10.143,44 €, cantidad a la que hay que descontar 6.147 € ya percibida por el trabajador en concepto de indemnización , en consecuencia y a tenor del fallo de la sentencia, resta pendiente la cantidad de 3.996,44 euros.; asimismo, declaro extinguida larelación laboral que les unía con efectos de la fecha del despido.

Quart.- Contra aquesta sentència la part actora va interposar un recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària i les parts demandades Infortec Consultores S.A.U el van impugnar. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.



FONAMENTS DE DRET

PRIMER. Contra la sentència que estima la demanda en part i declara improcedent l'acomiadament de l'actor, presenta únicament el demandant recurs de suplicació, que ha estat impugnat per les demandades.

Se centra el recurs en la pretensió de nul·litat de la decisió extintiva, per vulneració de la garantia de indemnitat, i també en la reclamació de l'antiguitat que interessava en la demanda, atenent a la declarada existència de cessió il·legal, i les anteriors contractacions, així com per aplicació de la doctrina jurisprudencial de la unitat essencial del vincle.

SEGON . El primer motiu del recurs, per la via de l' art. 193 b) de la Llei reguladora de la jurisdicció social , interessa la modificació del fet provat primer i l'addició d'un fet provat primer bis.

La redacció alternativa proposada consisteix en indicar que **l'actor va prestar serveis en el centre de treball de IBM España SLU, des del dia 1-11-2010, i fins el 15-07-2012, en que va subscriure document de baixa voluntària d'aquella empresa, mantenint la resta de pronunciaments.** Basa la pretensió en el foli 349 de les actuacions, document 1 del ram de prova de Capgemini España S.L.U., consistent en el document signat per l'actor, sol licitant la baixa en el que consta la data dels efectes. Argumenta la transcendència ja que es corregeix - diu - un error del jutgador consistent en transcriure la data de finalització del contracte amb Capgemini España S.L.U., i posa de manifest que entre el 15 de juliol de 2012 i 17 de juliol de 2012, només passa un dia, de manera que es pot valorar com que no ha existit solució de continuïtat en el contracte de treball entre l'anterior empresa i la cessionària.

El document que cita el recurs, es és una fotocòpia d'un escrit dirigit al "Departamento de relaciones laborales", en el que consta la data 28-06-2012, en el que Gumersindo , expressa i signa que " *Por medio de la presente les comunico mi intención de causar baja voluntaria en Capgemini España, siendo mi último día de Trabajo en la empresa el próximo 15 de julio de 2012* ".

El magistrat de instància es refereix de manera expressa en el fet provat primer, al document obrant al foli 349 de les actuacions, del que ha deduït que amb anterioritat a Infortec Consultores SAU, el treballador havia estat contractat per la mercantil Capgemini España, S.L.U, prestant serveis també al centre de treball d'IBM Global Services España, S.A.; des del (...) fins el **15-02-2012** , en que causa baixa voluntària d'aquella.

És evident que s'adverteix un error de transcripció doncs el magistrat del jutjat social es remet a un document en el que consta una baixa el juliol, i es transcriu el febrer, de manera que el trencament de la relació laboral d'un dia, apareix erròniament com de 5 mesos, afectant clarament a la valoració jurídica del cas. I també d'observa un error per omissió, quan no es fa constar la data d'inici de la prestació de serveis, que queda en blanc, i que cal integrar atenent a tota la documentació aportada per l'actora relativa a les nòmines a Capgemini, que no han estat impugnades, com tampoc ho ha estat el fet d'inici de la prestació de serveis en aquesta empresa o el reconeixement de l'antiguitat que és pacífic (per subrogació en els dues anteriors companyies, prestant serveis al mateix centre de treball de IBM).

TERCER. El segon apartat, (B), del primer motiu de revisió, consisteix en l'addició d'un nou fet provat primer Bis, que digui que **l'actor va ser contractat per Transiciel S.L. per a prestar els seus serveis en la Explotació del Sistema en el client del Banc de Sabadell, client de IBM, en el projecte BSOP.**

Basa la seva pretensió en els folis 234, document 148 del ram de prova de la part actora, consistent en el contracte de treball signat entre l'actor i la mercantil Transiciel, S.L., en data 16 de març de 2005, en el que consta al servei al que es destina l'actor i que coincideix plenament amb el que tenia en el moment del seu acomiadament a Infortec.

La transcendència del fet provat es evident doncs afectaria a la valoració de l'antiguitat del demandant, atenent a que no només va treballar sempre a la seu de IBM, sinó també que va fer-ho dins del mateix projecte (Contracte de gestió de processos interns de Banc de Sabadell-Atlàntic).

Ja que efectivament és dedueix del document que consta en el foli 234, contracte de treball entre l'actor i Transiciel, S.L., en el que es descriu el projecte concret que justifica el contracte de durada determinada per obra o servei, per la destinació del demandant a Explotació del Sistema en el client del Banc de Sabadell projecte BSOP, s'estima la modificació proposada, ates que el document que es cita no ha estat expressament valorat pel magistrat de instància, ni impugnat per les contraparts.

QUART. El tercer motiu del recurs, per la via de l' art. 193 de la LRJS , proposa l'examen de les infraccions, dels preceptes jurídics i jurisprudència que es diran, dirigit a la pretensió de què es declari l'existència de cessió il·legal respecte a la totalitat de les demandades, amb efectes del dia 1-06-2005 i es reconegui la referida antiguitat de l'actor, amb condemna totes les demandades a les conseqüències de la declaració de improcedència, fixant-se la indemnització corresponent.



El primer precepte legal que es cita com a infringit és l' art. 43 ET , en el sentit que disposa que, constatada l'existència de cessió il legal de treballadors, l'antiguitat es computarà des de l'inici de la cessió il legal.

Argumenta el recurrent que la sentència de instància ha confós la cessió il legal amb la subrogació empresarial, quan diu que no es pot entrar a examinar si hi va haver cessió il legal en els contractes anteriors a Infortec Consultores, ja que la relació de treball va finalitzar amb Capgemini España, el 15 de febrer de 2016, un any i mig abans de presentar-se la demanda de les presents actuacions, i atenent a què no s'ha invocat la suposada successió d'empresa.

És cert, com invoca el recurs, que en la fonamentació jurídica es basa el magistrat en la transcripció de la finalització del contracte del demandant, que ha estat corregida per error, tal com hem modificat el fet primer de la sentència, doncs la finalització del contracte va ser del 15-07-2012 i no 15-02-2012 . També ho és que la successió de contractes entre una i altra demandada si ha estat invocada en la demanda, en la que es postula la continuïtat en la relació laboral, des de l'any 2005, amb destinació al projecte de IBM.

El problema per a que prosperi l'antiguitat en l'existència de cessió il legal, és que el demandant no s'ha dirigit contra les altres empreses que suposadament prestatàries de treballadors per IBM, sense que es pugui pressuposar, només per la via de reconeixement de la destinació de les funcions del demandant el fet de la cessió il legal, que té unes conseqüències més enllà dels drets de l'actor, en via de sanció administrativa i/o penal, que exigirien haver cridat al procés a l'empresa anterior (Transiciel i Sogeti). La subrogació en aquestes dues empreses, si que queda admesa per la continuadora, a partir de la nombrosa i uniforme documentació aportada, com més amunt s'ha fet constar, de la que es dedueix la pacífica antiguitat respectada al Sr. Gumersindo , per la continuadora societat Capgemini España S.L.

Per tant, el motiu no pot prosperar, doncs no s'han acreditat, en el període anterior a la darrera contractació de la situació de cessió il legal de treballadors.

CINQUÈ . Respecte al segon dels motius de censura jurídica, es cita la infracció de jurisprudència inclosa en la STS 703/2017, de 21 de setembre 2017 , per la qual s'hauria de fixar l'antiguitat en la contractació del demandant segons la que tenia reconeguda a Capgemini España S.L, tenint en compte que entre el contracte amb aquella societat i la següent Infortec Consultores, no hi ha haver interrupció, doncs no es pot considerar com a tal un dia, i que el demandant va seguir prestant els seus serveis destinat al projecte de IBM, amb les mateixes funcions, categoria professional, etc., sense respectar-se però el dret a l'antiguitat.

Així les coses, l'argument del termini transcorregut entre el contracte anterior i la nova contractació del demandant no es pot tenir en compte, doncs no va ser de 5 mesos sinó de un dia. Per tant, la continuïtat en la prestació del servei, amb destinació a IBM, queda acreditada. El que cal remarcar és la manca de dades en la sentència referides al contingut de la prestació dels serveis del demandant abans de la última subcontractació, que es manté - i les parts s'han conformat per no haver interposat recurs - que era qualificable de cessió il legal.

Ja que no es discuteix que IBM, destinatària dels serveis del demandant, que posava les instal·lacions, assignava l'equip informàtic, la identificació, el correu electrònic, organitzava el treball i reunia el treballador amb les empreses clientes d'aquesta empresa, així com portava la direcció material de personal en temes tan importants com a permisos o vacances, és que entra de fet a contractar l'actor al dia següent a la finalització del contracte amb l'anterior companyia. Si bé no hem entrat en la valoració, no feta pel magistrat de instància, de l'existència de cessió il legal anterior, i per la que faltaria una descripció clara de com es duia a terme l'activitat, el que si que es fa patent és que IBM es qui absorbeix l'activitat del demandant, que passa per dret a la seva plantilla, si bé amb la ficció d'una societat interposada, raó per la qual es qualifica correctament de cessió il legal de mà d'obra.

L'existència de subrogació empresarial, es dona legalment quan l'empresa successora absorbeix directament l'activitat aportant els mitjans materials i la direcció organitzativa, fet que es fa palès en el cas que ens ocupa, i per tant, comportava la subrogació forçosa del demandat a la plantilla de IBM, segons l' art. 44 ET , doncs no es tracta d'un supòsit de subcontractació en què hagués de precisar una norma col·lectiva vinculant per admetre el vincle laboral de la successora (art. 42 ET) **sinó de una absorció de l'activitat, que el demandat havia dut a terme (intervenció en projectes del Banc de Sabadell) subcontractat per altres mercantils de les quals no es pot apreciar la cessió il legal, però això no obsta per entendre que la prestació de serveis ha estat de fet - per cessió il legal - absorbida per IBM, tal com s'ha declarat provat, en la resolució que al respecte és ferma, per no haver estat impugnada.**

Com diu la jurisprudència, la subrogació apareix quan es constata una verdadera "sucesión en la contrata", "entendida esta como cambio de la titularidad del contratista, acompañada de la transmisión, por parte del antiguo al nuevo, de los elementos patrimoniales que configuraban la infraestructura u organización básica de la explotación " (29.02.2000 -Rec. 4949/1998-).



Tal com es va valorar en la sentència d'aquesta Sala Social del TSJ Catalunya, de 26 de juny de 2018 (ROJ:STSJ CAT 4610/2018 - ECLI:ES:TSJCAT:2018:4610) Sentència: 3833/2018 - Recurs: 2192/2018: "D'aquesta manera del patrimoni doctrinal actual del TS es difereix que l' article 44 ET s'aplica en el supòsits de contractes essencialment en dos escenaris: a) quan es transmeti entre les contractistes elements patrimonials o materials; i b) quan l'objecte de la contracta es limiti a l'aportació de mà d'obra i la nova contractista es faci càrrec d'una part significativa qualitativa o quantitativament de la plantilla. S'afirma així a la STS UD 05.03.2013 -Rec. 3984/2011 -: " El supuesto particular de sucesión de contratas o concesiones con "sucesión de plantillas" se caracteriza por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas: A) una empresa contratista o adjudicataria de servicios ("empresa entrante") sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades ("empresa saliente") por cuenta o a favor de un tercero (empresa "principal" o entidad "comitente"); B) la sucesión de contratas o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la "empresa saliente", encargando a la "empresa entrante" servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; C) la "empresa entrante" ha incorporado al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a un parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la "empresa saliente"; y D) el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la "mano de obra" organizada u organización de trabajo " .

(...) Les sentències TJUE en els assumptes *Aira Pascual* i *Securitas*.- Tanmateix aquests criteris anteriors semblen haver estat sensiblement modificat per les STJUE 26.11.2015 (C-509/14 , *Aira Pascual*) i 19.10.2017 (C-200/16 , *Securitas*). En elles s'analitza la qüestió de què ocorre quan l'activitat descentralitzada no es limita a l'aportació de mà d'obra (com ocorre en sectors com la neteja, la seguretat, etc.), sinó en la prestació de serveis consistents en la gestió d'equipaments. Com hem dit, conforme a la doctrina judicial anterior en aquests casos no existia obligació de successió empresarial, llevat transmissió patrimonial i/o manteniment quantitativa o qualitativament important de la plantilla).

No obstant, en els referits pronunciaments el TJUE canvien aquest panorama. Així, a la sentència recaiguda en l'assumpte *Aira Pascual* l'òrgan judicial comunitari després de recordar l'anterior doctrina respecte a l'àmbit objectiu de la Directiva en relació a les contractes i les reversions de les mateixes, afirma que " per apreciar les circumstàncies de fet que caracteritzen l'operació, l'òrgan jurisdiccional nacional ha de tenir en compte el tipus d'empresa o de centre d'activitat que es tracti, el que s'hagin transmès o no elements materials com els edificis o els béns mobles, el valor dels elements immaterials en el moment de la transmissió, el fet que el nou empresari es faci càrrec o no de la majoria dels treballadors, el que s'hagi transmès o no la clientela, així com el grau d'analogia de les activitats exercides abans i després de la transmissió i la durada d'una eventual suspensió d'aquestes activitats ". I, així mateix, es recorda que " aquests elements són tan sols aspectes parcials de l'avaluació de conjunt que ha de fer-se i, per tant, no poden apreciar-se aïlladament ", en forma tal que " per apreciar les circumstàncies de fet que caracteritzen l'operació, l'òrgan jurisdiccional nacional ha de tenir en compte el tipus d'empresa o de centre d'activitat que es tracti ". (...) En aquesta tesiura " correspondrà a l'òrgan jurisdiccional remitent apreciar, a la llum de l'exposat i tenint en compte totes les circumstàncies de fet que caracteritzen l'operació que es tracta en el litigi principal, si aquesta ha de considerar-se o no transmissió d'empresa en el sentit de la Directiva " .

"Val a dir que aquesta doctrina ha estat ja en part recepcionada pel TS: així, per exemple, s'ha considerat que no és aplicable l' art. 44 ET -per ser el supòsit d'excepció abans citat- en el cas del servei de monitors en un menjador escolar, com es deriva de la SSTS UD 12.07.2016 -Rec. 349/2015 - i 09.12.2016 -Rec. 1674/2015 -. Per contra, sí s'ha aplicat l' art. 44 ET a les quatre sentències de 19.09.2017 (Recs. 2612/2016 , 2629/2016 , 2650/2016 y 2832/2016), en el supòsit de gestió del servei de restauració col·lectiva en unitat, centres o organismes de l'Exèrcit de Terra en menjadors dependents del Ministeri de Defensa. En els dits pronunciaments -fent referència a la sentència *Aira Pascual*- s'afirma: " el dato de que las infraestructuras o los medios materiales pertenezcan a la administración que descentraliza y las entrega a la empresa contratista para que lleve a cabo la actividad o el servicio encomendado no impide que pueda apreciarse una sucesión empresarial encuadrable en el ámbito de aplicación de la Directiva "; per a prosseguir: " la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva " .

Aplicant la doctrina al cas concret, hem d'estimar que si que s'ha donat la successió empresarial des de l'inici de la contractació del demandant, ja que s'acredita que des del dia 1- 11-2010, va treballar amb la mateixa categoria professional, en el mateix centre de treball, de forma continuada, sense pràcticament cap interrupció de la prestació de serveis, entre una contractació i les successives, entenent que va ser absorbida per l'empresa principal la seva activitat, en entrar en joc la formal contractació amb la codemandada *Infortec Consultores*, impròpiament contractada per *IBM*.



SETÈ. La jurisprudència del Tribunal Suprem ha assenyalat que per a fixar la data d'antiguitat, en supòsits d'acomiadament, s'ha de tenir en compte la totalitat dels períodes en que un treballador ha prestat serveis per a l'empresa i això amb independència de que s'hagi acreditat o no el caràcter fraudulent dels diversos contractes temporals. És a dir, no únicament s'ha de tenir en compte l'antiguitat quan els contractes temporals es declarin fraudulents, sinó també quan hagin estat del tot legals i encara que hi hagi un cert període de temps entre la finalització d'un contracte i el següent, fins hi tot quan aquest període sigui superior als 20 dies. En la sentència de data 23 de febrer 2016 (R. 1423/14), es transcriu la dita doctrina, en els termes següents: "*El criterio general del que partimos es que la antigüedad computable a efectos del cálculo de la indemnización, esto es, el tiempo de servicios a que alude el art. 56.1 ET, se remonta a la fecha de la primera contratación, tanto si han mediado irregularidades en los sucesivos contratos temporales como si lo ocurrido es la mera sucesión regular de varios contratos de trabajo sin una solución de continuidad significativa, pues la antigüedad de un trabajador en una empresa determinada no es otra cosa que el tiempo que el mismo viene prestando servicios a esa empresa sin solución de continuidad, aunque tal prestación de actividad laboral se haya llevado a cabo bajo el amparo de diferentes contratos de clases distintas, temporales e indefinidos, toda vez que la relación laboral es la misma, pues en estos casos esa diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones laborales diferentes (véase la STS/4ª de 25 julio 2014 (rcud. 1405/2013)).*" (...) "*Por otro lado, se ha dicho que hay que estar a todas las circunstancias del caso y no sólo a las declaraciones de las partes, porque la voluntad del trabajador puede estar viciada por la oferta empresarial de celebrar un nuevo contrato en próximas fechas. En atención a ello, es doctrina de esta Sala que la unidad del vínculo, a efectos del cómputo de la antigüedad, no se rompe, por ejemplo, por la simple firma de recibos de finiquito entre los sucesivos contratos suscritos con cortas interrupciones; ni cuando las interrupciones se hacen coincidir con el periodo vocacional*".

En conseqüència, si que és aplicable al cas la doctrina de la unitat essencial del vincle, malgrat el demanant fos titular d'un anterior contracte temporal, doncs l'empresa successora, que és la titular del centre de treball, dels mitjans de explotació i de la organització empresarial, va absorbir l'activitat del demandant, utilitzant un antijurídic mecanisme de cessió il·legal de treballadors, i per tant, havia de **respectar l'antiguitat** en les successives contractacions anteriors de l'actor, tal com constaven en el darrer contracte amb Capgemini España S.L., com hem dit que consta en tota la documentació aportada i hem fet contar en la revisió de fets provats, que va ser el dia

1-11-2010, data a la que s'ha d'estar pel càlcul de la indemnització corresponent a la declaració de improcedència de l'acomiadament, segons l'art. 56-1, i D.T. 11, del R.D. Legislatiu 2/2015 de 23 d'octubre, que aprovà el Text Refós de l'Estatut dels Treballadors.

No obstant, com hem dit més amunt, no s'estima el recurs respecte a la extensió de la responsabilitat a la codemandada CAPGEMINI ESPAÑA, S.L.U., de la que mantenim la declaració absoluta, així com del FONS DE GARANTIA SALARIAL.

Vistos els preceptes legals citats,

DECIDIM

Estimar en part el recurs de suplicació presentat per Gumersindo contra la sentència de data 29 de desembre de 2017, aclarida en resolucions interlocutòries de dates 25 d'abril i 23 de maig de 2018, dictades en el procediment 325/2016, seguit per acomiadament, en el Jutjat Social 4 dels de Barcelona, a instància de la expressat recurrent contra CAPGEMINI ESPAÑA, S.L.U., INFORTEC CONSULTORES SAU, IBM GLOBAL SERVICES ESPAÑA, S.L. I EL FONS DE GARANTIA SALARIAL, i revocar **en part** la sentència impugnada.

Es modifica la sentència únicament en relació a l'antiguitat del treballador, que ha de ser la del dia 1 de novembre de 2010, i en conseqüència, el valor de la indemnització, pel cas que l'exercici de la opció empresarial sigui per la extinció del contracte, queda fixada en 16.188,52 euros.

El sentit de la opció, derivada de la declaració de improcedència de l'acomiadament, que té dret a exercitar l'empresa condemnada, es podrà modificar a partir de la notificació d'aquesta sentència, en el termini de 5 dies hàbils, davant del jutjat de instància que va declarar la improcedència, ja que s'ha modificat el valor de la indemnització.

Es mantenen la resta de pronunciaments de la sentència i l'absolució de l'empresa CAPGEMINI ESPAÑA, S.L.U. I EL FONS DE GARANTIA SALARIAL.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoni que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències corresponent.



Un cop sigui ferma la sentència caldrà remetre al Jutjat d'instància les seves actuacions ja que és l'òrgan judicial competent per executar-la.

Aquesta resolució no és ferma i es pot interposar en contra recurs de cassació per a la unificació de doctrina, davant la Sala Social del Tribunal Suprem. El dit recurs s'haurà de preparar mitjançant escrit amb signatura d'Advocat i adreçat a aquesta Sala, on s'haurà de presentar en el termini dels deu dies següents a la notificació, amb els requisits establerts a l' Art.221 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social .

Així mateix, de conformitat amb allò disposat l'article 229 del text processal laboral, tothom que no ostenti la condició de treballador o drethavent o beneficiari del règim públic de la Seguretat Social, o no gaudeixi dels beneficis de justícia gratuïta legalment o administrativa reconeguts, o no es trobi exclòs pel que disposa l' article 229.4 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social , consignarà com a dipòsit al moment de preparar el recurs de cassació per unificació de doctrina la quantitat de 600 euros en el compte de consignacions que la Sala té obert en el BANC SANTANDER, n° 0965 0000 66, afegint a continuació sis dígits. Els quatre primers són els corresponents al número de rotlle de suplicació i els altres dos els dos últims números de l'any del rotlle esmentat. Per tant, el compte consta de setze dígits.

La consignació de l'import de la condemna, d'acord amb el que disposa l' art. 230 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social , quan així procedeixi, cal acreditar-la al temps de preparar el recurs en aquesta Secretaria i s'efectuarà en el compte de la Sala, amb el núm. 0965 0000 80, afegint a continuació sis dígits. Els quatre primers són els corresponents al número de rotlle de suplicació i els altres dos els dos últims números de l'any del rotlle esmentat. Per tant, el compte consta de setze dígits.

També és possible substituir la consignació en metàl·lic per l'assegurament de la condemna mitjançant un aval bancari emès per una entitat de crèdit. El document haurà de ser de duració indefinida i a pagar a primer requeriment.

Si el dipòsit o la consignació no és fan de forma presencial sinó mitjançant transferència bancària o per procediments telemàtics, a les dites operacions hauran de constar les següents dades:

El compte bancari al que es remetrà la quantitat és IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. A la dada de "ordenant" caldrà indicar el nom de la persona física o jurídica que fa l'ingrés i el seu NIF o CIF. Com a "beneficiari" ha de constar la Sala Social del TSJ de Catalunya. Finalment, a "observacions o concepte de la transferència" cal introduir els 16 dígits que consten en els paràgrafs precedents respecte al dipòsit i la consignació fets de forma presencial.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

PUBLICACIÓ. Avui, la Magistrada ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.