



Roj: **STSJ AND 5810/2016** - ECLI: **ES:TSJAND:2016:5810**

Id Cendoj: **41091340012016101602**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **13/06/2016**

Nº de Recurso: **1850/2015**

Nº de Resolución: **1668/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA ELENA DIAZ ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 1850/2015 S Sentencia nº **1668/2016**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

DOÑA MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

DOÑA MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA

DON JOSE JOAQUIN PEREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a trece de junio de dos mil dieciseis.

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

EN NOMBRE DEL REY, ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 1668/2016

En el recurso de suplicación interpuesto por ANDALUZA DE MONTAJES ELECTRICOS Y TELEFONICOS S.A. (AMETEL), contra la sentencia del Juzgado de lo Social 2 de Jerez de la Frontera, en sus autos núm. 1019/14, ha sido Ponente la lltma. Sr^a. Magistrada Doña MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D. Gonzalo , contra Ametel Andaluza de Montajes Eléctricos y Telefónicos S.A. y Bersol Proyectos e Instalaciones S.L., sobre Despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 17 de Febrero de 2,015 por el referido Juzgado, con estimación parcial de la demanda.

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

PRIMERO.- El actor Oscar , mayor de edad, con DNI, nº NUM000 ha venido prestando sus servicios para la empresa BERSOL PROYECTOS E INSTALACIONES 8 (- en adelante Bersol-) con antigüedad de 05-07-06, jornada completa, categoría profesional de Oficial 2ª y salario diario a efectos de despido de 55,74 euros (Salario Base: 38,46; Prorrates Pagas Extras: 12,64; Plus Penoso, Tóxico y peligroso: 4,64).

- Relación laboral que se inicia en la fecha indicada mediante distintas figuras contractuales- unidas al ramo de prueba del actor- deviniendo la relación en indefinida desde el 19 de Junio de 2008.

SEGUNDO.- Mediante escrito de fecha 1 de Abril de 2014 la codemandada Bersol dirige al actor la siguiente comunicación:

" Muy Señor Nuestro:



Esta sociedad ha venido desarrollando la actividad de arrendamientos de servicios de telegestión y operaciones reguladas en base al pliego de condiciones " SERVICIO DE SUSTITUCIÓN DE CONTADORES DE TELEGESTIÓN Y OPERACIONES REGULADAS EN BAJA TENSIÓN" para la zona de ANDALUCÍA OCCIDENTAL: C1 CADIZ: JEREZ SIERRA, mediante contrato suscrito al efecto con Endesa Distribución Eléctrica, S.L, en donde es Vd. ocupado. Dicho contrato de arrendamiento vence el próximo 14 de Abril de 2014.

Por escrito de fecha 7 de Marzo de 2014, remitido por correo electrónico Endesa Distribución, S.L. comunicó a esta Sociedad no haber sido favorecida en su adjudicación para las áreas de las que somos titulares (antes descritas) solicitándonos a su vez una prórroga de los contratos vigentes hasta un máximo de 2 meses (31 de Mayo de 2014) con la salvedad de dicha prórroga se verá interrumpida en el momento en que puedan hacerse efectivos los cambios con las mayores garantías de seguridad y calidad.

Por ello, con fecha de 13 de Marzo de 2014 , mediante burofax, solicitamos a Endesa Distribución Eléctrica, S.L. la identidad del nuevo contratista del arrendamiento de servicios de telegestión y de operaciones reguladas del servicio de sustitución de contadores de telegestión y operadores reguladas en baja tensión para la zona de Andalucía Occidental C1 Cádiz: Jerez- Sierra, de los que en el actualidad somos titulares, a los efectos de proceder, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 43 del vigente Convenio Colectivo de la Pequeña y Mediana Empresa del Metal de la Provincia de Cádiz (BOP 6 de Febrero de 2014) para poder comunicar la identidad y demás datos laborales del personal adscrito a esa actividad para la subrogación contractual para la nueva adjudicataria de la contrata, con un plazo mínimo de antelación de 15 días hábiles a la fecha del inicio efectivo de la prestación de los servicios por parte de la misma, rogándoles a su vez, la concreción de la fecha de la extinción contractual, para dar cumplimiento a su obligación.

Mediante correo electrónico de fecha 31 de marzo de 2014, 16:24 horas, Endesa contesta a nuestro anterior escrito, informándonos que la nueva adjudicataria de la referida contrata, una vez concluida la misma con nosotros, a partir del 14 de abril de 2014, resulta ser AMETEL- ANDALUZA DE MONTAJES ELECTRICOS Y TELEFÓNICOS, S.A. (- En adelante Ametel-).

Por todo ello sirva el presente escrito para comunicarle que, con esta misma fecha, hemos remitido escrito a la empresa AMETEL- ANDALUZA DE MONTAJES ELÉCTRICOS Y TELEFÓNICOS, S.A. para que a partir de 14 de Abril de 2014, proceda a incorporar toda la plantilla de personal de la contrata conforme al art 43 del Convenio Colectivo de la Pequeña y Mediana Empresa del Metal de la Provincia de Cádiz (BOP 26 Febrero 2014).

Coherentemente le comunico que a partir de la conclusión de la jornada laboral del próximo 14 de abril de 2014 quedará rescindido su contrato de trabajo con esta sociedad por conclusión de la contrata de mantenimiento " SERVICIO DE SUSTITUCIÓN DE CONTADORES DE TELEGESTIÓN Y OPERACIONES REGULADAS EN BAJA TENSIÓN" para la zona de ANDALUCÍA OCCIDENTAL: C1 CADIZ: JEREZ SIERRA de Endesa Distribución, S.L, sin perjuicio del derecho que le reconoce el artículo 43 Convenio Colectivo de la Pequeña y Mediana Empresa del Metal de la Provincia de Cádiz , para ser subrogado por la nueva contratista de Endesa: AMETE-ANDALUZA DE MONTAJES ELÉCTRICOS Y TELEFÓNICOS, S.A.

Agradeciéndole los servicios prestados le pondremos a su disposición las partes proporcionales de las pagas extras y vacaciones no disfrutadas, así como los salarios devengados pendientes.

TERCERO.- Mediante escrito de fecha 10 de Abril de 2014 la codemandada Bersol dirige al actor la siguiente comunicación:

" Muy Señor Nuestro:

Mediante escrito de fecha 1 de Abril de 2014, comunicábamos a UD que esta Sociedad ha venido desarrollando la actividad de arrendamientos de servicios de telegestión y de operaciones reguladas en base al pliego de condiciones " SERVICIO DE SUSTITUCIÓN DE CONTADORES DE TELEGESTIÓN Y OPERACIONES REGULADAS EN BAJA TENSIÓN" para la zona de ANDALUCÍA OCCIDENTAL: C1 CADIZ: JEREZ SIERRA, mediante contrato suscrito al efecto con Endesa Distribución Eléctrica, S.L, en donde es Vd. ocupado.

Por escrito de fecha 7 de Marzo de 2014, remitido por correo electrónico Endesa Distribución, S.L. comunicó a esta Sociedad no haber sido favorecida en su adjudicación para las áreas de las que somos titulares (antes descritas) solicitándonos a su vez una prórroga de los contratos vigentes hasta un máximo de 2 meses (31 de Mayo de 2014) con la salvedad de dicha prórroga se verá interrumpida en el momento en que puedan hacerse efectivos los cambios con las mayores garantías de seguridad y calidad.

Por ello, con fecha de 13 de Marzo de 2014 , mediante burofax, solicitamos a Endesa Distribución Eléctrica, S.L. la identidad del nuevo contratista del arrendamiento de servicios de telegestión y de operaciones reguladas del servicio de sustitución de contadores de telegestión y operadores reguladas en baja tensión para la zona de Andalucía Occidental C1 Cádiz: Jerez- Sierra, de los que en el actualidad somos titulares, a los efectos de



proceder, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 43 del vigente Convenio Colectivo de la Pequeña y Mediana Empresa del Metal de la Provincia de Cádiz (BOP 6 de Febrero de 2014) para poder comunicar la identidad y demás datos laborales del personal adscrito a esa actividad para la subrogación contractual para la nueva adjudicataria de la contrata, con un plazo mínimo de antelación de 15 días hábiles a la fecha del inicio efectivo de la prestación de los servicios por parte de la misma, rogándoles a su vez, la concreción de la fecha de la extinción contractual, para dar cumplimiento a su obligación.

Mediante correo electrónico de fecha 31 de marzo de 2014, 16:24 horas, Endesa contesta a nuestro anterior escrito, informándonos que la nueva adjudicataria de la referida contrata, una vez concluida la misma con nosotros, a partir del 14 de abril de 2014, resulta ser AMETEL- ANDALUZA DE MONTAJES ELÉCTRICOS Y TELEFÓNICOS, S.A.

Por todo ello, con esa misma fecha, remitimos escrito a la empresa AMETEL- ANDALUZA DE MONTAJES ELÉCTRICOS Y TELEFÓNICOS, S.A. para que, a partir del 14 de abril de 2014, proceda a incorporar a la plantilla de personal de la contrata conforme al art.º 43 del Convenio Colectivo de la Pequeña y Mediana Empresa del Metal de la Provincia de Cádiz (BOP 6 Febrero 2014)

Consecuente con lo anterior se le comunicó a Ud. que a partir de la conclusión de la jornada laboral del próximo día 14 de abril de 2014, quedaría rescindido su contrato de trabajo con esta Sociedad por conclusión de la contrata de mantenimiento de "SERVICIO DE SUSTITUCIÓN DE CONTADORES DE TELEGESTIÓN Y OPERACIONES REGULADAS EN BAJA TENSIÓN" para la zona de ANDALUCÍA OCCIDENTAL: C1 CADIZ: JEREZ SIERRA de Endesa Distribución S.L, sin perjuicio del derecho que le reconoce el artº 43 Convenio Colectivo de la Pequeña y Mediana Empresa del Metal de la Provincia de Cádiz , para ser subrogado por la nueva contratista de Endesa: AMETEL- ANDALUZA DE MONTAJES ELÉCTRICOS Y TELEFÓNICOS, S.A.

Posteriormente, Endesa Distribución Eléctrica, S.L, nos comunica mediante correo electrónico, escrito datado el 9 de Abril de 2014, la modificación de la fecha del cese de las actividades trasladándola del 14 de abril de 2014 al 30 de abril de 2014, con el objeto de dar el debido cumplimiento a la comunicación previa que debe realizarse a la nueva adjudicataria de la relación de los trabajadores en los que concurren los requisitos antes mencionados, lo que traslado a Ud a los efectos de modificar la fecha de la rescisión de su contrato de trabajo con esta Sociedad, por la conclusión de la contrata, en idénticas condiciones a las anteriormente descritas, que se efectuará a partir de la conclusión de la jornada del día 30 de abril de 2014.

A mayor abundamiento le informamos que hemos comunicado en el día de la fecha, la citada novación a AMETEL- ANDALUZA DE MONTAJES ELÉCTRICOS Y TELEFÓNICOS, S.A. a los efectos pertinentes.

Agradeciéndole los servicios prestados, le pondremos a su disposición las partes proporcionales de las pagas extras y vacaciones no disfrutadas, así como los salarios devengados pendientes.

- Según consta en la vida laboral del actor en fecha de 30-4-14, figura su baja en el empresa Bersol.

CUARTO.- En fecha de 19 de Mayo de 2014 y en virtud de papeleta presentada el 8 de Mayo del mismo año se celebro acto de conciliación ante el CMAC con el resultado de celebrado SIN AVENIENCIA.

QUINTO.- Resulta de aplicación el Convenio Colectivo del sector industria del metal de la provincia de Cádiz. (B.O.P, núm 25 de 6 de Febrero de 2014)

SEXTO.- Resta indicar lo siguiente:

1.-) En fecha de 30 de Noviembre de 2011, bajo la denominación de " Contrato Marco de Servicios de Telegestión y de Operaciones Reguladas" por una parte Endesa Distribución Eléctrica, S.L (unipersonal) y Bersol - unido a las actuaciones y cuyo contenido doy por íntegramente reproducido- en el que la partes manifiestan:

1. Que Endesa realizó un licitación para establecer el marco en el que se ejecutarán los Servicios de Telegestión y Operaciones Reguladas en base al pliego de condiciones " Servicios de Sustitución de contadores de telegestión y operaciones reguladas en baja gestión"

2. Que el contratista ha resultado adjudicatario en base a las ofertas técnica y económica presentadas por lo que las partes han llegado a un acuerdo para la realización por el contratista de los servicios que se detallan a continuación y que se regirán por las siguientes:

- ESTIPULACIONES:

PRIMERA.- OBJETO

El presente Contrato Marco tiene por objeto establecer los términos y las Condiciones Técnicas y Económicas en que se prestarán los servicios por parte del contratista:

- * Sustitución de contadores de gestión (TG en adelante)
- * Operaciones sobre contadores debidas a movimientos de contratación, ciclo de impagos, campañas y otras actividades de medida (Operaciones reguladas en adelante)
- * Trabajos relacionados con la red de distribución de baja tensión, para la atención de nuevos suministros o modificaciones de red en adelante NN.SS):
 - Construcción de acometidas simplificadas en redes aéreas de baja tensión.
 - Estudios técnicos para nuevos suministros y variantes en baja tensión.
 - Construcción de redes aéreas de baja tensión hasta 20 m.
 - Variantes de redes aéreas de baja tensión.
 - Construcción de redes subterráneas de BT hasta 10 m

SEGUNDA.- DEFINICIÓN DEL CONTRATO

(...) El encargo de las actividades, tareas o servicios necesarios será efectuado por los diversos Departamentos o Áreas de cada una de los ámbitos territoriales de ENDESA a través de los correspondientes contratos u órdenes de servicios, que ampararán la posterior facturación de la prestación.

QUINTA.- ALCANCE DE LA PRESTACIÓN (...)

Endesa no considerará prestaciones accesorias las siguientes gestiones, que aún no estando registradas en el baremo (no se remuneran) el CONTRATISTA deberá realizar cuando sea necesario:

- * Atención de consultas de los propios clientes de Endesa (ubicación de contadores, temas ICPs, etc.) relacionadas con esta especificación.
- * Gestión mediante contacto personal con técnicos de los clientes de ENDESA.
- * Revisión de instalaciones con posibles incidencias (averías, fraudes, instalaciones peligrosas, etc) con captura de datos y toma de fotografías siempre que no aparezca recogido en los procedimientos relativos a tales incidencias.
- * Desconexiones automáticas de instalaciones en estado peligroso o precario.
- * Agilización o priorización de determinados trabajos que por circunstancias, o por peticiones de terceros, requieran de una especial atención.
- * Ejecución , gestión y control de trabajos ejecutados en TDC por incidencia de los sistemas informáticos.
- * Movimiento y traslado físico y administrativo de contadores, desde el almacén de origen indicado por Endesa.
- * Atención de consultas de averías en BT de clientes, tanto propias como causadas por terceros.
- * Comparecencias a Juzgados, Tribunales y demás Administraciones Públicas en general, como consecuencia del desarrollo de la actividad de este contrato.
- * Inventariar, periódicamente los materiales (contadores, CPP, etc, que tengan en su almacen, y cuando ENDESA se lo solicite.
- * Otros inherentes a la actividad a desarrollar. (...)

NOVENA.- VOLÚMENES DE ACTIVIDAD

Endesa está obligada a atender tanto la campaña de TG como las operaciones reguladas. Los volúmenes de operaciones reguladas o asociadas a las solicitudes de nuevos suministros, dependen de la actividad de contratación e impagos de los clientes. Así mismo, aunque la campaña de TG está prevista hasta Diciembre de 2016, los volúmenes en el tiempo de esta campaña pueden ser variables en función de la disponibilidad de contadores, accesibilidad a domicilio de clientes, etc. Por tanto Endesa no se compromete a un volumen de actividad determinado.

DECIMOCUARTA.- PRECIOS (...)

División

CÁDIZ 1

Área Adjudicada

Jerez-Sierra



K1 Telegestión

0'92

K2 Op. Reg

0'97

K3. NNSS

0'99

DECIMOSEXTA.. DURACIÓN DEL CONTRATO

El Contrato entrará en vigor el 3 del mes de Diciembre de 2010, estando vigente hasta el 31 de Octubre de 2013, con la posibilidad de dos prórrogas anuales tácitas (...) y otra adicional anual mediante acuerdo previo y expreso de las Partes.

- Unido al ramo de prueba de Bersol - documental número 1- figuran sucesivos escritos dirigidos por Endesa Distribución Eléctrica, ampliando la duración del contrato en diversas fechas, datando el último de 9 de Abril de 2014, en el que se amplía la duración del mismo hasta el 30 de Abril de 2014.

2.-) En fecha de 1 de Abril de 2014, bajo la denominación de " Contrato Marco de Servicios de Telegestión y de Operaciones Reguladas" por una parte Endesa Distribución Eléctrica, S.L (unipersonal) y Ametel- Andaluza de Montajes Telefónicos, S.A - unido a las actuaciones y cuyo contenido doy por íntegramente reproducido- en el que la partes manifiestan:

1. Que Endesa realizó un licitación para establecer el marco en el que se ejecutarán los Servicios de Telegestión y Operaciones Reguladas en base al pliego de condiciones " Servicios de Sustitución de contadores de telegestión y operaciones reguladas en baja gestión"

2. Que el contratista ha resultado adjudicatario en base a las ofertas técnica y económica presentadas por lo que las partes han llegado a un acuerdo para la realización por el contratista de los servicios que se detallan a continuación y que se regirán por las siguientes:

- ESTIPULACIONES:

PRIMERA.- OBJETO

El presente Contrato Marco tiene por objeto establecer los términos y las Condiciones Técnicas y Económicas en que se prestarán los servicios por parte del contratista:

* Sustitución de contadores de gestión (TG en adelante)

* Operaciones sobre contadores debidas a movimientos de contratación, ciclo de impagos, campañas y otras actividades de medida (Operaciones reguladas en adelante)

* Trabajos relacionados con la red de distribución de baja tensión, para la atención de nuevos suministros o modificaciones de red en adelante NN.SS):

- Construcción de acometidas simplificadas en redes aéreas de baja tensión.

- Estudios técnicos para nuevos suministros y variantes en baja tensión.

- Construcción de redes aéreas de baja tensión hasta 50 m.

- Variantes de redes aéreas de baja tensión.

- Construcción de redes subterráneas de BT hasta 10 m

El encargo de las actividades, tareas o servicios necesarios será efectuado por los diversos Departamentos o Áreas de cada una de los ámbitos territoriales de ENDESA DISTRIBUCIÓN (Dirección de Acceso de Clientes y Medida, ACM en adelante, y Dirección de Nuevos Suministros, NNSS en adelante) a través de los correspondientes contratos u órdenes de servicios, que ampararán la posterior facturación de la prestación

CUARTA.- ALCANCE DE LA PRESTACIÓN (...)

Endesa no considerará prestaciones accesorias las siguientes gestiones, que aún no estando registradas en el baremo (no se remuneran) el CONTRATISTA deberá realizar cuando sea necesario:

* Atención de consultas de los propios clientes de Endesa (ubicación de contadores, temas ICPs, etc.) relacionadas con esta especificación.

* Gestión mediante contacto personal con técnicos de los clientes de ENDESA.



- * Revisión de instalaciones con posibles incidencias (averías, fraudes, instalaciones peligrosas, etc) con captura de datos y toma de fotografías siempre que no aparezca recogido en los procedimientos relativos a tales incidencias.
- * Desconexiones automáticas de instalaciones en estado peligroso o precario.
- * Agilización o priorización de determinados trabajos que por circunstancias, o por peticiones de terceros, requieran de una especial atención.
- * Ejecución, gestión y control de trabajos ejecutados en TDC por incidencia de los sistemas informáticos.
- * Movimiento y traslado físico y administrativo de contadores, desde el almacén de origen indicado por Endesa.
- * Atención de consultas de averías en BT de clientes, tanto propias como causadas por terceros.
- * Colaborar con la empresa supervisora en materia de seguridad laboral que ENDESA tenga a su vez contratada, facilitando la información necesaria para la supervisión de los trabajos en campo y el control documental.
- * Comparecencias a Juzgados, Tribunales y demás Administraciones Públicas en general, como consecuencia del desarrollo de la actividad de este contrato.
- * Inventariar, periódicamente los materiales (contadores, CPP, etc, que tengan en su almacen, y cuando ENDESA se lo solicite.
- * Otros inherentes a la actividad a desarrollar. (...)

OCTAVA.- VOLÚMENES DE ACTIVIDAD

Endesa está obligada a atender tanto la campaña de TG como las operaciones reguladas. Los volúmenes de operaciones reguladas o asociadas a las solicitudes de nuevos suministros, dependen de la actividad de contratación e impagos de los clientes. Así mismo, aunque la campaña de TG está prevista hasta Diciembre de 2018, los volúmenes en el tiempo de esta campaña pueden ser variables en función de la disponibilidad de contadores, accesibilidad a domicilio de clientes, etc. Por tanto Endesa no se compromete a un volumen de actividad determinado.

DECIMOTERCERA.- PRECIOS (...)

División

Andalucía Occidental Extremadura

Área Adjudicada

CÁDIZ 1: Jerez Sierra

K1 Telegestión

1,00

K2 Op. Reg

1,04

K3. NNSS

1,17

DECIMOQUINTA. DURACIÓN DEL CONTRATO

El Contrato entrará en vigor el 1 de Abril de 2014, estando vigente hasta el 31 de Octubre de 2016.

- En la misma fecha de 1 de Abril de 2014, y suscrita en Barcelona, consta Adenda relativa al Contrato Marco de Servicios de Telegestión y de Operaciones Reguladas, durante el periodo Diciembre 2010/ Octubre de 2013 en el Área de Cádiz 4: Puerto de Santa María, suscrito entre Endesa y Ametel en fecha de 3 de Diciembre de 2010, - cuyo contenido doy por reproducido- y en el que " como consecuencia del proceso de negociación realizado, las partes han llegado a un acuerdo para establecer una nuevas condiciones técnicas, económicas y de duración del Contrato que regirán en el desarrollo del mismo , y que se concretan en las siguientes (...)"

3.-) En fecha de 13 de Marzo de 2014, Bersol dirige comunicación escrita a Endesa en la que tras no resultar favorecida en la adjudicación de los servicios anteriormente prestados para dicha entidad, solicita a Endesa Distribución Eléctrica la identidad de la nueva empresa adjudicataria al objeto de proceder con lo dispuesto en el artículo 43 del Convenio de aplicación (personal de contrata- subrogación.



- El 1 de Abril de 2014 la entidad Bersol dirige escrito a Ametel poniendo en su conocimiento la relación del personal laboral ocupado en la prestación de servicios para la principal Endesa, entre los que figura el actor, Gonzalo .

- Previo requerimiento de Ametel a Bersol de complemento documental (3-4-14), éste es evacuado por la empresa saliente en fecha de 9 de Abril de 2014, aportando:

* Contrato con Endesa y prórroga de prestación de servicios hasta el 31 de Abril de 2013.

* Modelo TC2 seguros sociales de los meses de octubre de 2013 a febrero de 2014.

* Listado de control de personal remitido a Endesa, actualizado a 2 de Febrero de 2011, referido al personal afecto la contrata al mes de diciembre de 2010 (inicio del contrato), entre los que figura el actor Gonzalo con la categoría profesional de oficial 2ª, tipo de contrato indefinido; y como operario que se encuentra habilitado para trabajar tanto en ACM como NNSS.

* Comunicación a los trabajadores de que la Empresa tiene suscrito contrato marco de servicios de telegestión y operaciones reguladas con la empresa principal Endesa Distribución Eléctrica, S.L., constando la rúbrica del actor.

* Vida laboral de trabajadores que considera afectados, contratos y nóminas de octubre a 2013 a marzo de 2014, entre los que figura el actor Gonzalo

- El 10 de Abril de 2014 Bersol comunica a Ametel que a consecuencia de la modificación de la fecha de terminación de la contrata trasladada al 30 de Abril de 2014, la subrogación debe producirse a partir de la citada fecha.

4.-) En listado actualizado a fecha de Noviembre de 2012, Enero, Marzo, Abril y Mayo de 2013 el Actor figura en la lista de control de personal remitido a Endesa por Bersol, como personal afecto a la contrata, con la categoría profesional de oficial 2ª, tipo de contrato indefinido; y como operario que se encuentra habilitado para trabajar tanto en ACM como NNSS.

5.-) En fecha de 6 de Noviembre de 2013 Bersol comunica a la TGSS que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores que presta servicios de Acm, Telegestión y Operaciones Reguladas a la empresa Endesa Distribuciones Eléctricas.

6.-) El actor ha recibido formación por el grupo ATC3- S.L (empresa proveedora de la formación del grupo Endesa, S.A) sobre Espacios Confinados, Planificación de Mantenimiento en la Red; Reciclaje de Trabajos en Tensión en Baja Tensión.

- Igualmente por parte de Bersol ha recibido formación específica sobre " Normas de Operaciones con Endesa".

7.-) De Septiembre de 2013 a Abril de 2014 Bersol ha recibido un total de 22.978 órdenes de trabajo de las cuales, 4.100 corresponden a los servicios previstos de telegestión; 772 se corresponden con nuevos servicios (encargo de realización de estudio técnico: 623; nuevos suministros: 104 y trabajos genéricos de nuevos servicios) y un total de 18.104 referentes a operaciones reguladas.

- De éstas al actor le fueron encomendadas un total de 3282 órdenes de trabajo que se desglosan de la siguiente manera:

Órdenes de Telegestión: 1231

Instalación sustitución EDM (2) * EDM: Equipo de Medida de Contador

Sustitución Masiva (1229)

Nuevos Servicios: -

-

-

Órdenes Reguladas: 2051

Revisión Instalación Interior (167)

Alta de Contrato (354)

Bajas (530)

Cortes (333)

Instalación sustitución EDM (29)



Mantenimiento EDM (3)

Modificación de contrato (328)

Reenganche (155)

Revisión EDM (Revisión EDM)

Sustitución Masiva (1)

8.-) La empresa Bersol tiene como objeto social A) La realización de estudios, proyectos y peritaciones de toda clase de instalaciones y obras, así como la realización material de las mismas. En particular se centrará en las instalaciones eléctricas de toda clase tanto de alta como en baja tensión (...)

- Unido al escrito presentado en fecha de 27 de Octubre de 2014 por esta entidad, se adjunta modelo 347 de declaración de operaciones con terceros en los ejercicios 2011, 2012 y 2013.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por Andaluza de Montajes Eléctricos y Telefónicos S.A., que fue impugnado por la parte contraria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de suplicación lo interpone la empresa "Andaluza de Montajes Eléctricos y Telefónicos S.A. (AMETEL)", al amparo del artículo 193 b) y c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , contra la sentencia de instancia que declaró improcedente el despido realizado por esta empresa el 30 de abril de 2.014 , por no haberse subrogado en la relación laboral que vinculaba al actor con la empresa "Bersol Proyectos e Instalaciones S.L.", anterior concesionaria del servicio de sustitución de contadores de gestión; operaciones sobre contadores debidas a movimientos de contratación, impagos, campañas y otras actividades de medida y trabajos realizados en la red de distribución de baja tensión para la atención a nuevos suministros o modificaciones de red.

El recurso va dirigido a que se declare que el actor no realizaba labores de mantenimiento para la empresa "Endesa Distribuciones Eléctricas S.L." en ejecución del contrato de arrendamiento de servicios denominado "Contrato Marco de Servicios de Telegestión y Operaciones reguladas" suscrito por "Bersol Proyectos e Instalaciones S.L." y la empresa "Endesa S.A." el 30 de noviembre de 2.011, por lo que carece del derecho a la subrogación que reclama, en aplicación del artículo 43 del Convenio Colectivo de la Pequeña y Mediana Industria del Metal de Cádiz .

Por ello solicita por la vía del apartado b) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , una primera revisión fáctica para que en el hecho probado 6º, apartado 8 se hagan constar las operaciones de más de 3.000 € que realiza la empresa "Bersol Proyectos e Instalaciones S.L." a otros clientes distintos de "Endesa Distribuciones Eléctricas S.L.", revisión que no podemos aceptar pues se justifica en unos documentos a los que se remite el hecho que se pretende revisar, por lo que su contenido puede ser tenido en cuenta por el Juzgado y el Tribunal para resolver la reclamación planteada, además de su intrascendencia para modificar el sentido del fallo, sobre todo cuando la diferencia de ingresos obtenidos en el año 2.013, previo al despido del actor, es de "493.140,84 €" provenientes del cliente "Endesa Distribuciones Eléctricas S.L.", y de los demás clientes el importe máximo es de "23.774,26 €", oscilando los restantes entre 3.157,88 € y 9.322,85 €, por lo que la diferencia es tan significativa que demuestra que las relaciones de "Bersol Proyectos e Instalaciones S.L." con otros clientes era meramente ocasional, sin que conste ni se haya tratado de acreditar en el recurso que el actor prestara servicios a alguno de ellos.

Tampoco podemos acceder a la segunda revisión pretendida, en la que interesa que se adicione un nuevo hecho probado en el que se transcriban las declaraciones del Letrado de "Endesa Distribuciones Eléctricas S.A." y en un certificado emitido por el responsable de acceso de clientes y medida, y se declare que "No se han realizado por parte de "Bersol Proyectos e Instalaciones S.L." trabajos de mantenimiento de las instalaciones. Las actividades realizada relacionadas con el contrato de telegestión y operaciones reguladas eran la instalación, sustitución y retirada de equipos de medida así como trabajos de programación de los citados equipos (cortes, bajas, cambios de Firmware, revisiones de funcionamiento. Respecto de la actividad de nuevos suministros, la misma consistía en la ejecución de nuevas redes de distribución o sustitución de las mismas por ampliaciones de red", no sólo porque esta revisión contiene expresiones predeterminantes del sentido del fallo, sino porque también se justifica en las declaraciones de un Letrado, que ni siquiera tienen la consideración de prueba testifical, ya que el mismo en defensa de su cliente puede realizar las alegaciones que tenga por conveniente, sin que constituyan medio probatorio alguno, lo que nos conduce a la desestimación de este motivo de recurso y a dejar inalterado el relato fáctico de la sentencia.



SEGUNDO.- En relación con el Derecho aplicado en la sentencia "Andaluza de Montajes Eléctricos y Telefónicos S.A. (AMETEL)" denuncia en su recurso, por la vía del apartado c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, la infracción del artículo 43 del Convenio Colectivo de la Pequeña y Mediana Industria del Metal de la provincia de Cádiz, publicado en el BOP de 6 de febrero de 2.014 en relación con los artículos 3 y 85 del Estatuto de los Trabajadores, pretendiendo que se declare que el actor no realizaba labores de mantenimiento de la red de "Endesa Distribuciones Eléctricas S.A.", cuando prestaba servicios en "Bersol Proyectos e Instalaciones S.L.", por lo que no existía obligación de la empresa "Andaluza de Montajes Eléctricos y Telefónicos S.A. (AMETEL)" de subrogarse en la relación laboral.

El artículo 43 del convenio, que se cita como infringido establece que "Solo y exclusivamente en el caso del personal de mantenimiento o limpieza industrial de una contrata de empresa principal, en el caso de que dicha contrata cese en la adjudicación de los servicios contratados, por terminación del contrato mercantil concertado al efecto, la nueva empresa adjudicataria estará obligada a contratar a partir de la fecha del inicio efectivo de la prestación de los servicios, excepto sus mandos intermedios, a los trabajadores de la contrata que haya cesado", estableciendo un criterio restrictivo en relación con la subrogación de trabajadores en el sector de la siderometalurgia de la provincia de Cádiz, que quedan limitados a los que realicen labores de mantenimiento o limpieza industrial de la empresa principal.

Por ello la cuestión a dilucidar es la de si las labores encomendadas al actor, se pueden calificar de labores de mantenimiento de la red eléctrica de "Endesa Distribuciones Eléctricas S.L.", y la respuesta debe ser negativa en contra de lo manifestado por el Juez de instancia, ya que como bien dice las labores de mantenimiento van dirigidas a la conservación de la red de distribución eléctrica para mantenerla útil para su uso, es decir la conservación de la red de distribución existente y la reparación de averías que dificultan el funcionamiento de la misma, por tanto en estas labores no se puede incluir la actividad de sustitución de contadores de gestión, que se declara con valor fáctico que constituye la actividad fundamental del actor en el fundamento de derecho 3º de la sentencia.

Esta sustitución de contadores se produce por imperativo legal, al establecerlo así la Disposición Adicional 1ª de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre de Ministerio de Industria, Energía y Turismo, que revisaba las tarifas eléctricas en 2.008 y que obligaba a las empresas suministradoras de luz eléctrica a la sustitución de todos los contadores de medida, en suministros de energía eléctrica con una potencia contratada de hasta 15 Kw, por nuevos equipos que permitan la discriminación horaria y la telegestión antes del 31 de diciembre de 2018, según los porcentajes de sustitución del parque de contadores que se fija para cada año y empresa suministradora de energía eléctrica.

Tampoco pueden calificarse como operaciones de mantenimiento las denominadas "operaciones reguladas" que tienen relación con los movimientos de contratación y que consistían en la colocación de contadores en el caso de nuevas contrataciones, incluso tirando cables de postes o arquetas para suministrar luz a domicilios particulares o la supresión del servicio en caso de impago.

Por último las labores relacionadas con la red de baja tensión tampoco tienen la consideración de labores de mantenimiento, ya que consisten en "construcción de acometidas simplificadas en redes aéreas de baja tensión, construcciones aéreas de de baja tensión hasta 20 metros, variantes de redes aéreas de baja tensión y construcción de redes subterráneas", es decir, una actividad de ampliación de la red de distribución de luz eléctrica y no una conservación de la misma.

Las únicas actividades que tienen relación con las labores de mantenimiento son las previstas en la cláusula 5º del contrato entre "Endesa Distribuciones Eléctricas S.A." y "Bersol Proyectos e Instalaciones S.L.", que no están remuneradas y consisten en la revisión de incidencias en las instalaciones, con captura de datos y toma de fotografías, desconexiones automáticas de instalaciones en estado peligroso o precario, ejecución, gestión de los trabajos ejecutados en TDC por incidencia de los sistemas informáticos, atención a consultas de baja tensión de averías de clientes tanto propias, como causadas por terceros, operaciones que tampoco ejecutaba el actor de forma habitual.

El actor desde septiembre de 2.013 a abril de 2.014, tuvo que realizar 3.282 órdenes de trabajo, de las cuales 1231 sirvieron para sustituir el contador y sólo 3 fueron de mantenimiento y 167 de revisión de la instalación interior, por lo que es evidente que las labores de mantenimiento de la red que realizaba fueron meramente ocasionales, lo que justifica que no se le considere como personal de mantenimiento a efectos del derecho a una subrogación por la empresa "Andaluza de Montajes Eléctricos y Telefónicos S.A. (AMETEL)", lo que conduce a la estimación del recurso de suplicación interpuesto y a la absolución de esta empresa con la correlativa condena a la empresa "Bersol Proyectos e Instalaciones S.L.", ya que por pérdida de la contrata que tenía suscrita con "Endesa Distribuciones Eléctricas S.A." debería haber procedido a un despido por causas objetivas derivadas de la pérdida de la contrata, y no a limitarse a remitir al trabajador a la empresa sucesora



de la contrata "Andaluza de Montajes Eléctricos y Telefónicos S.A. (AMETEL)", por lo que procede condenar a esta empresa a las consecuencias económicas fijadas para el despido improcedentemente acordado en la sentencia de instancia.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la "AMETEL ANDALUZA DE MONTAJES ELÉCTRICOS S.L." contra la sentencia dictada el día 17 de febrero de 2.015 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Jerez de la Frontera, en el proceso seguido por la demanda interpuesta por D. Gonzalo contra las empresas "BERSOL PROYECTOS E INSTALACIONES S.L." y "AMETEL ANDALUZA DE MONTAJES ELÉCTRICOS S.L.", en impugnación de despido y declaramos la improcedencia del despido de D. Gonzalo acordada por la empresa "BERSOL PROYECTOS E INSTALACIONES S.L." con efectos de 30 de abril de 2.014, condenando a la empresa "BERSOL PROYECTOS E INSTALACIONES S.L." a optar entre la readmisión de D. Gonzalo con abono de los salarios de tramitación a razón de 55,74 euros diarios hasta que la readmisión se produzca, o el pago de una indemnización ascendente a 18.077,87 € y la extinción del contrato con efectos de 30 de abril de 2.014.

Se absuelve a la empresa "AMETEL ANDALUZA DE MONTAJES ELÉCTRICOS S.L." de todas las pretensiones deducidas en su contra en esta instancia.

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

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos";

b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción";

c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

d) Se advierte a la empresa condenada que, si recurre deberá presentar en esta Sala resguardo acreditativo del depósito de seiscientos euros en la cuenta corriente de «Depósitos y Consignaciones» núm. 4.052-0000-35-1850-15, abierta a favor de esta Sala en el Banco de Santander, especificando en el campo concepto que se trata de un recurso.

e) Se advierte a la parte condenada que si recurre y no tuviese reconocido el beneficio de justicia gratuita o la exención de consignar el importe de la condena, al preparar el recurso deberá presentar en esta Sala resguardo acreditativo de haber consignado la cantidad objeto de la condena, en la cuenta de "Depósitos y Consignaciones" que esta Sala tiene destinada a tal fin en la cuenta corriente de «Depósitos y Consignaciones» núm. 4.052-0000-66-1850-15, abierta a favor de esta Sala en el Banco de Santander, especificando en el campo concepto que se trata de un recurso, tal consignación podrá sustituirla por aval solidario de duración indefinida y pagadero al primer requerimiento emitido por entidad de crédito, en el que deberá constar la responsabilidad solidaria del avalista, quedando el documento presentado registrado y depositado en la oficina judicial, debiendo expedir testimonio el Sr. Secretario de esta Sala para su unión a los autos, que facilitará recibo al presentante.

f) Asimismo se advierte a la parte recurrente que en el caso de no estar exento deberá adjuntar al escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina, el ejemplar para la Administración de Justicia, del modelo 696 aprobado por Orden HAP/2662/2012 de 13 de diciembre, con el ingreso debidamente validado, y en su caso el justificante del pago del mismo, en la cuantía establecida para el orden social, por Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y en el Real Decreto - Ley 3/13 de 22



de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de Asistencia Jurídica Gratuita.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase 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.

Devuélvase a la empresa recurrente el depósito efectuado para recurrir en la instancia y la consignación efectuada o en su caso cancelense los aseguramientos prestados.

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.- En Sevilla a 13 de junio de 2,016

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ