



Roj: **STSJ AND 12701/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018:12701**

Id Cendoj: **41091340012018103433**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2018**

Nº de Recurso: **4067/2017**

Nº de Resolución: **3426/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA ELENA DIAZ ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 4067/17 (A) Sentencia nº 3426/18

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTMOS SRES./ ILMAS SRAS :

DOÑA MARIA ELENA DIAZ ALONSO

DOÑA MARIA BEGOÑA GARCIA ALVAREZ

DON JOSE JOAQUIN PEREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho.

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

EN NOMBRE DEL REY, ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 3426/2018

En el recurso de suplicación interpuesto por PROYECTO E IMPLANTACIÓN DE TUBERÍAS S.L., contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Huelva, en sus autos núm 1135/16, ha sido Ponente la Iltma. Srª. Magistrada Doña MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D. Juan Francisco contra Pedro Miguel (Adm. Concursal Abantia Industrial S.A.), Abantia Industrial S.A., y Dominion Industry & Infrastructures S.L., sobre despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 13 de junio de 2017 por el referido Juzgado, con desestimación de la demanda.

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

Primero.- Don Juan Francisco, con DNI nº NUM000, ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la mercantil "Dominium Industry & Infrastructures" (con CIF B-667728965) desde el día 24 de mayo de 2016, con categoría profesional de Jefe de Equipo, y antigüedad reconocida en nómina de 29 de noviembre de 1995, fecha en que había comenzado a prestar servicios para la mercantil "Abantia Industrial S.A.", con CIF A-28155315 y dedicada a actividades de mantenimiento industrial, con la que el productor permaneció en alta en el sistema de Seguridad Social los períodos que seguidamente se especifican:

-del 29.11.95 al 25.01.98

-del 27.04.98 al 30.04.00



- del 06.06.00 al 25.06.00
- del 26.06.00 al 30.04.02
- del 01.05.02 al 24.10.04
- del 25.10.04 al 30.10.04
- del 31.10.04 al 23.05.16

El informe de vida laboral del hoy actor obra unido a los folios 80 a 89 de las actuaciones, a que hacemos remisión expresa.

Segundo.-Con fecha 17 de diciembre de 2010 el hoy actor y "Abantia Ticsa S.A.U." comunicaron al Servicio Público de Empleo la conversión en indefinido del contrato hasta entonces existente entre ambas partes, especificándose en la estipulación primera que "el centro de trabajo está ubicado en Polígono Industrial Tartesos Nave 401 21610 San Juan del Puerto, Huelva".

Tercero.-Cuando menos desde el año 2005 el hoy actor ha venido de facto prestando en las instalaciones de la empresa "Atlantic Copper" (sitas en Avenida Francisco Montenegro S/N, de Huelva) idénticos servicios consistentes, en esencia, en trabajos de reparación de equipos, torre de absorción, cambiador de tubos y catalizador de la planta de ácido I, II y III de la mencionada factoría.

Cuarto.-Con fecha 15 de septiembre de 2016 la mercantil "Dominium Industry & Infraestructures S.L.", que tenía contratados con "Atlantic Copper" los "Servicios de Mantenimiento Mecánico de las Plantas de Ácido I, II y III, Planta de Efluentes, Terminales de Carga de Ácido y Planta de Yeso" comunicó por escrito al hoy actor lo siguiente: "Muy Sr. Nuestro:

Por medio de la presente, desde la Dirección de RRHH de DOMINION I&I le informamos que con fecha 26 de agosto de 2016 le fue comunicada a esta mercantil la decisión por parte de nuestro cliente ATLANTIC COOPER S.L.U. de resolver el contrato de "Servicios de Mantenimiento Mecánico de las Plantas de Ácido I, II y III, Planta de Efluentes, Terminales de Carga de Ácido y Planta de Yeso" con fecha de 30 de septiembre de 2016 y adjudicarlo a un nuevo proveedor.

Por todo ello, y tal como se recoge en el art. 50 del Convenio Colectivo para el Sector de Montajes de la Provincia de Huelva y en el 44 del ET, "El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior...", DOMINION I&I entiende que Ud. será subrogado por la nueva empresa adjudicataria del contrato, siendo dicha adjudicataria por las informaciones a las que ha tenido acceso esta mercantil la Empresa PROIMTU..

Le comunicamos que con fecha 30 de septiembre de 2016 causa baja en DOMINION I&I. Asimismo, le recordamos que a partir de esa fecha tendrá a su disposición en las oficinas de la Empresa la liquidación correspondiente (...).

Quinto.-Con fecha 30 de septiembre de 2016 el hoy actor causó baja en la empresa "Dominium Industry & Infraestructures S.L." que, al tiempo de su cese abonaba al Sr. Juan Francisco un salario diario bruto, en cómputo anual, de 105,98 euros.

Sexto.-En el mes de septiembre de 2016 los trabajadores en alta en la empresa "Dominium Industry & Infraestructures S.L." son los que se relacionan en el documento "TC2" que obra unido a los folios 117 a 120 de las actuaciones.

Séptimo.-Con fecha 19 de septiembre de 2016 "Atlantic Copper" y la codemandada "Proyectos e Implantación de Tuberías S.L.U.", en adelante, "Proimtu" (con CIF B-91518209 y dedicada a la fabricación de productos metálicos), suscribieron contrato de prestación de servicios de mantenimiento mecánico de las plantas de ácido I, II y II, planta de efluentes, terminales de carga e ácido y planta de yeso nº 34641602206-001, en cuya virtud "Proimtu" se obligaba a prestar el servicio de mantenimiento mecánico (que incluye los servicios de mantenimiento predictivo, preventivo y correctivo), comprendiendo la realización de todos los trabajos en las especialidades de mecánica necesarios para garantizar el mantenimiento y perfecto funcionamiento de las instalaciones sitas en avenida Francisco Montenegro s/n, de Huelva.

El mencionado contrato obra unido a los folios 119 a 136 de las actuaciones, a cuyo contenido nos remitimos.

Octavo.-La ejecución del contrato referido en el ordinal precedente se inició el día 1 de octubre de 2016.



Noveno.-Con tal fecha "Proimtu" y el hoy actor suscriben contrato de trabajo temporal, cuyo objeto lo constituía la realización del servicio consistente en "trabajos de reparación de equipos; torre de absorción, cambiador de tubos y catalizador de la planta de ácido I, II y III de la factoría de Atlantic Copper".

En la estipulación primera del mencionado contrato se hacía constar que la categoría profesional del trabajador era la de Jefe de Equipo.

"Proimtu" ha abonado desde entonces al hoy actor los emolumentos que se consignan en las hojas de salario unidas a los folios 457 a 472 de las actuaciones, a que hacemos remisión expresa.

Décimo.- "Proimtu" ha contratado para la realización de tales trabajos a siete de los doce trabajadores de la plantilla de "Dominium Industry & Infrastructures S.L." que estaban adscritos a la contrata con "Atlantic Copper", habiendo asumido, entre ellos, al Jefe de Equipo, condición que ostentaba el propio actor, a cinco oficiales, de los que uno hacía también las veces de Jefe de Equipo sustituto (Don Everardo) y a un ayudante, siendo así que con dicho personal se podía cubrir el servicio de mantenimiento en las instalaciones de "Atlantic Copper" en los términos en que se había venido verificando hasta el 30 de septiembre de 2016 (en horario de 8:00 a 17:17 horas, de lunes a viernes, quedando a partir de dicha hora y durante los fines de semana un retén, a fin de atender posibles incidencias).

Undécimo.-El día 1 de febrero de 2017 "Atlantic Copper" y la codemandada "Proimtu", suscribieron contrato de prestación de servicios para la reparación de los tanques de ácido nº 34641602930-001, que obra unido a los folios 142 a 153 de las actuaciones, que damos por reproducidos.

Duodécimo.-Entre los meses de septiembre y diciembre de 2016 "Proimtu" ha adquirido la maquinaria, herramientas y útiles que se reflejan en las facturas y albaranes unidos a los folios 154 a 177 de las actuaciones

Decimotercero.-El trabajador no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al cese la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

Decimocuarto.-Se agotó la vía previa, presentándose papeleta de conciliación en el CMAC de Huelva el día 28 de octubre de 2016, habiéndose dado el acto por celebrado, sin avenencia, el 17 de noviembre de 2016.

La demanda origen de la litis fue presentada en el Decanato de los Juzgados de esta capital el día 17 de noviembre de 2016.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por Proyecto e Implantación de Tuberías S.L., que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de suplicación lo interpone la empresa "Proyectos e Implantación de Tuberías S.L. (PROIMTU)", al amparo del artículo 193 b) y c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, contra la sentencia de instancia que desestimó la demanda interpuesta en su contra por el actor, y estimó la excepción de falta de acción en la acción impugnatoria de un presunto despido acordado por esta empresa, por haber comenzado a prestar servicios para la empresa "Proyectos e Implantación de Tuberías S.L. (PROIMTU)" el día 1 de octubre de 2016, mediante un contrato temporal, una vez que había finalizado la contrata de la empresa "Atlantic Cooper S.L.U." con la empresa "Dominium Industry & Infrastructures S.L.", en la que anteriormente prestaba servicios el actor, aunque en condiciones distintas de las que disfrutaba en esta empresa, una antigüedad desde el 29 de noviembre de 1.995 y un contrato indefinido.

La empresa "Proyectos e Implantación de Tuberías S.L. (PROIMTU)", pretende en su recurso que se deje sin efecto la declaración de la existencia de una sucesión de empresas entre "Dominium Industry & Infrastructures S.L." y "Proyectos e Implantación de Tuberías S.L. (PROIMTU)", que contiene la sentencia impugnada, por haber contratado "Proyectos e Implantación de Tuberías S.L. (PROIMTU)" a 7 de los 12 trabajadores que prestaban servicios en "Dominium Industry & Infrastructures S.L.", entre ellos el actor que ostentaba la categoría profesional de Jefe de Equipo, 5 oficiales, uno de ellos con funciones de sustitución del jefe de equipo, y un ayudante, personal suficiente para cubrir el servicios de mantenimiento de las instalaciones de "Atlantic Cooper S.L.U."

En primer lugar por la vía del apartado b) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción social, solicita la rectificación de un error material del que adolece la sentencia, al figurar en el hecho probado 7º que el contrato suscrito entre la empresa "Atlantic Cooper S.L.U." y la empresa "Proyectos e Implantación de Tuberías S.L. (PROIMTU)", que fija las condiciones de la contrata figura incorporado en los folios "119 a 136", cuando la numeración exacta de estos folios es desde el folio "129 a 141", revisión que debemos aceptar por razones



de economía procesal, aunque la vía adecuada para la rectificación de este error material debería haber sido el recurso de aclaración o rectificación de errores materiales.

SEGUNDO.- En relación con el Derecho aplicado en la sentencia se denuncia en el recurso, por la vía del apartado c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, la infracción de los artículos 44.2 del Estatuto de los Trabajadores, 50 del Convenio Colectivo del Sector de Montajes de la provincia de Huelva, publicado en el BOP de 10 de abril de 2.015 y 1.1 b) de la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2.001, negando la existencia de una sucesión de empresas.

La sucesión de empresas en nuestro ordenamiento puede revestir una triple modalidad: a) la legal, que regula el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores; b) la convencional, que se establece en un convenio colectivo; y c) la contractual que impone el pliego de condiciones de una contrata administrativa.

En este caso aunque el artículo 50 del Convenio Colectivo del Sector de Montajes de la provincia de Huelva, contiene una norma reguladora de la sucesión de empresas en los casos de sucesión de contratas, dicha norma no contiene ninguna especialidad, al disponer que "Se estará a lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores".

El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores establece una garantía de los intereses de los trabajadores en los supuestos de transmisión de empresas, para lo cual conceptúa la empresa como "una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio".

La jurisprudencia tradicional exigía para apreciar la existencia de una transmisión de empresas la concurrencia de dos elementos: a) un elemento **subjetivo**, consistente en la sustitución de un empresario por otro en la misma actividad empresarial; y b) un elemento **objetivo** constituido por la transmisión de un empresario a otro, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho de los elementos patrimoniales necesarios para continuar la actividad empresarial (sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1.998, 15 de abril de 1.999, 25 de febrero de 2.002, 19 de junio de 2.002, 12 de diciembre de 2.002 y 11 de marzo de 2.003), doctrina que ha sido matizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha señalado como elemento fundamental, para determinar si existe o no una sucesión de empresas, el que se haya transmitido "una entidad económica organizada de forma estable, o sea, que se haya producido la transmisión de un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objeto propio", pudiendo deducirse la existencia de la transmisión no sólo del traspaso de elementos patrimoniales, sino del hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, que se haya transmitido o no la clientela, o del grado de analogía entre las actividades ejercitadas antes y después de la transmisión (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1.986, 19 de mayo de 1.992, 10 de diciembre de 1.998, 2 de diciembre de 1.999 y 24 de enero de 2.002).

La doctrina sobre la sucesión de empresas, establecida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se resume, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 abril 2015 (RJ 2015\1714) en la que se declara que: "a) *Lo determinante, para saber si se produce o no una sucesión empresarial, no depende tanto de que el nuevo empresario, el que continúa la actividad, sea o no propietario de los elementos patrimoniales necesarios para su desarrollo, y al margen también de que existiera o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, lo decisivo, decíamos, es que se produzca realmente un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y que la transmisión afecte a una entidad económica que continúe manteniendo su propia identidad.*

b) En aquellos sectores (por ejemplo, limpieza, y vigilancia y seguridad) en los que la actividad suele descansar fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera esa actividad común, puede constituir una entidad económica que mantenga su identidad cuando se produce la transmisión y el nuevo empresario, quizá salvo que se trate del principal (sentencia del Tribunal Supremo 27 de junio de 2008 (RJ 2008, 4557) , citada), no sólo continua con la actividad de la que se trata sino que también se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla del anterior."

c) *Por contra, si la actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige de instalaciones o importantes elementos materiales, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número significativo de los empleados por el anterior, no se considera que haya sucesión de empresa si al tiempo no se transmiten aquellos elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad.*

En el presente caso no ha existido una transmisión de elementos materiales entre la empresa saliente "Dominium Industry & Infraestructuras S.L." y la entrante, "Proyectos e Implantación de Tuberías S.L. (PROIMTU)", pero sí ha habido una asunción de plantillas al contratar "Proyectos e Implantación de Tuberías



S.L. (PROIMTU)" a 7 de los 12 trabajadores que prestaban servicios en "Dominium Industry & Infraestructures S.L.", siendo todos ellos -salvo un ayudante- personal especializado, el jefe de equipo y 5 oficiales, y suficiente para cubrir un turno de mantenimiento.

TERCERO.- Se alega en el recurso, que la aportación de medios materiales a la contrata realizada por la empresa "Proyectos e Implantación de Tuberías S.L. (PROIMTU)", es motivo suficiente para considerarla una contrata distinta, motivo que no puede prosperar, ya que como se declara en la sentencia las adquisiciones realizadas por la empresa " *Proyectos e Implantación de Tuberías S.L. (PROIMTU)*", "*(aún admitiendo ...que se correspondieran a adquisiciones específicamente relacionadas con la contrata de "Atlantic Cooper", lo que en absoluto ha quedado demostrado) no se refieren a bienes de equipo, maquinaria, infraestructuras o instalaciones afectas a la explotación de la contrata de larga vida útil, sino que, por el contrario, consisten fundamentalmente en bienes fungibles, consumibles, pequeña herramienta, maquinaria menor, ropa de trabajo de los empleados y otro material accesorio"* .

Esta afirmación no se desvirtúa por el hecho de que la empresa "Proyectos e Implantación de Tuberías S.L. (PROIMTU)" tuviera que proporcionar a los trabajadores medios de transporte, medios de elevación de cargas, andamios, o fabrique chapas para el mantenimiento y reparación de las instalaciones, como se alega en el recurso ya que estos medios no son específicos, ni están relacionados con el objeto de la contrata "*la reparación de equipos, torres de absorción, cambiador de tubos y catalizador de la planta de ácido I, II, III*" de la factoría de "Atlantic Cooper S.L.U.", sino que son elementos básicos, necesarios para cualquier obra de reparación y mantenimiento de instalaciones industriales, no siendo la obligación de proporcionar a los trabajadores un medio de transporte a la factoría, un elemento fundamental para la ejecución de una contrata de mantenimiento, que se fundamenta en una actividad material, y no en el desplazamiento de los trabajadores de la contrata.

Por lo expuesto los medios materiales aportados por la empresa "Proyectos e Implantación de Tuberías S.L. (PROIMTU)", son medios instrumentales y accesorios al cumplimiento de la contrata, siendo el motivo fundamental de la contratación del actor y sus compañeros, su experiencia y especiales conocimientos relacionados con las labores de mantenimiento de las torres de absorción, cambiador de tubos y catalizador de la planta de ácido I, II, III de la factoría de "Atlantic Cooper S.L.U.", que son unas labores de mantenimiento muy peculiares por lo que no pueden ser realizadas por trabajadores que carezcan de la suficiente preparación técnica.

En consecuencia, no acreditándose por la empresa recurrente "Proyectos e Implantación de Tuberías S.L. (PROIMTU)", que los medios materiales aportados sean más importantes para la ejecución de la contrata, que los trabajadores contratados procedentes de la empresa "Dominium Industry & Infraestructures S.L.", no podemos sino desestimar su recurso de suplicación y confirmar la sentencia de instancia, declarando que la asunción del actor estuvo motivada por la aplicación del convenio colectivo, por lo que existía una obligación de la empresa "Proyectos e Implantación de Tuberías S.L. (PROIMTU)" de subrogarse en la relación laboral que mantenía con la empresa "Dominium Industry & Infraestructures S.L.", y reconocerle todos los derechos que ostentaba en esta empresa, lo que nos conduce a la desestimación del recurso de suplicación interpuesto y a la confirmación de la sentencia de instancia.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa "PROYECTOS E IMPLANTACIÓN DE TUBERÍAS S.L." contra la sentencia dictada el día 13 de Junio de 2.017, en el Juzgado de lo Social nº 3 de Huelva, en el procedimiento seguido por la demanda interpuesta por D. Juan Francisco en impugnación de despido contra las empresas "PROYECTOS E IMPLANTACIÓN DE TUBERÍAS S.L.", "DOMINIUM INDUSTRY & INFRASTRUCTURES S.L.", "ABANTIA INDUSTRIAL S.A." y su ADMINISTRACIÓN CONCURSAL (Ernst&Young Abogados S.L.P.) y confirmamos la sentencia impugnada en todos sus pronunciamientos, condenando a la empresa recurrente al pago de las costas causadas y al abono de honorarios del Letrado impugnante del recurso, por ser preceptivos en cuantía de 600 euros, más IVA, 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.

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) Asimismo la parte recurrente que no goce del beneficio de la justicia gratuita o de la exención de la obligación de constituir depósitos o consignar el importe de la condena, si recurre, deberá presentar en esta Secretaría resguardo acreditativo del depósito de 600 euros en la cuenta corriente de "Depósitos y Consignaciones" núm. 4.052-0000-66-3193-14, abierta a favor de esta Sala en el Banco de Santander, especificando en el campo concepto que se trata de un recurso.

Se condena a la pérdida del depósito constituido en la instancia, que deberá ingresarse en el Tesoro Público.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y firme que sea esta resolución, por transcurso del término indicado sin prepararse el recurso, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la misma, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

Así, por nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.