



Roj: **STSJ AND 3218/2012 - ECLI:ES:TSJAND:2012:3218**

Id Cendoj: **41091340012012101177**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **10/05/2012**

Nº de Recurso: **2579/2011**

Nº de Resolución: **1487/2012**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE JOAQUIN PEREZ-BENEYTO ABAD**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso.- 2579/11(L), sent. 1487/12

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, CEUTA Y MELILLA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTMOS. SRES.:

D^a. M^a ELENA DÍAZ ALONSO, Presidente

D^a. MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA

D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a diez de mayo de dos mil doce.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 1487 /12

En el recurso de suplicación interpuesto por **AGRUPACIÓN DE EMPRESAS AUTOMATISMOS MONTAJES Y SERVICIOS S.L. (GRUPO AMS)**, representado por el Graduado Social D. Manuel A. Navarro Maldonado, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Huelva en sus autos núm. 1172/10; ha sido **Ponente el Iltmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, el recurrente fue codemandado, junto a INDRA SISTEMAS S.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS DIASOFT- NOVASOFT-SADIEL, SAS por D. Conrado, en demanda de despido, se celebró el juicio y el 23 de febrero de dos mil once se dictó sentencia por el referido Juzgado, estimando la pretensión, declarando improcedente el despido y condenando a las consecuencias legales a la AGRUPACIÓN DE EMPRESAS AUTOMATISMOS MONTAJES Y SERVICIOS S.L. (GRUPO AMS).

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

"1.- GRUPO ASM, con CIF nº B91499152, se constituyó por virtud de Escritura Pública otorgada ante Notario de Mairena de Aljarafe D. Luis Barriga Fernández, el 02.12.05, por tiempo indefinido, con domicilio en el Polígono Pisa de Mairena de Aljarafe (Sevilla), teniendo por objeto social: suministro, instalación, mantenimiento de instalaciones eléctricas, informáticas, telefónicas, de seguridad, control de acceso y megafonía, así como todo tipo de actividades que sean complementarias, accesorias, auxiliares de las aquí relacionadas. Las



instalaciones de climatización, calefacción y agua caliente sanitaria, así como su mantenimiento en general. La adquisición, administración y enajenación, y en general, tenencia de acciones y participaciones representativas del capital social de otras entidades, excluyendo expresamente las actividades propias de las sociedades financieras y del mercado de valores. La prestación de servicios de gestión, administración, marketing, recursos humanos, asesoramiento, contabilidad a las sociedades en cuyo capital ostente participación. La tenencia, adquisición explotación, disfrute, enajenación de toda clase de bienes inmuebles, tanto rústicos como urbanos, la promoción y construcción de urbanizaciones, y toda clase de edificaciones con destino a viviendas, oficinas y locales de negocio, de protección oficial o libre, y cualquier otra finalidad, así como su posterior venta o arrendamiento, por sí mismo o en nombre de tercero mediante contrato de agencia. La adquisición, arriendo y subarriendo de toda clase de fincas rústicas, para su explotación agrícola y/o ganadera. La realización, en general, de cualquier otra actividad relacionada, directa o indirectamente con las anteriores y que no esté prohibida por la legislación vigente. Las anteriores actividades podrán ser desarrolladas por la Sociedad, en todo o en parte, bien de forma directa, o bien de forma indirecta, mediante la participación en otras sociedades con objeto social idéntico o análogo.

II.- Indra Sistemas SA, con CIF nº A 28599033, fue constituida con duración indefinida con la denominación de CECSA SISTEMAS ELECTRÓNICOS SA mediante Escritura Pública otorgada el 06.11.1979 ante el Notario de Madrid D. Alberto Ballarín Marcial y cambiada su denominación a la actual así como modificados parcialmente sus estatutos en Escritura autorizada ante el Notario de Madrid D. José González de Rivera Rodríguez el 30.07.93, siendo una empresa dedicada a tecnología de la información.

III.- La UTE Diasoft -Novasoft - Sadiel, con CIF U-14900088, se constituyó por Escritura Pública otorgada ante el Notario de Córdoba D. Ángel César Díez Giménez, el 23.08.2010.

IV.- El Servicio Andaluz de Salud sacó a concurso, el 02.03.06, por período de dos años, los servicios de soporte continuo para todos los Centros de Distrito, Centros de Salud y Centros de Urgencias del Servicio Andaluz de Salud, conforme al pliego de cláusulas administrativas particulares a los folios 130-161 y al pliego de prescripciones técnicas a los folios 162-177, que damos por reproducidos.

V.- En Junio 2006, Indra Sistemas, S.A. resultó adjudicataria del concurso a que se hace referencia en el Hecho anterior.

VI.- El 27.07.06 Indra Sistemas y Grupo AMS suscribieron Acuerdo Marco (folios 237-247, por reproducidos) cuyo objeto era "la regulación de los términos y de las condiciones aplicables a la prestación", por parte de Grupo MAS (proveedor) para Indra «de los servicios de consultoría, asesoramiento, y/o soporte, tanto técnico como administrativo que Indra Sistemas, S.A. pudiera solicitarle a través de las correspondientes Peticiones de Servicios en las cuales quedarán detallados los servicios a prestar por aquél».

En su Cláusula Cuarta, bajo la rúbrica «Lugar de trabajo. Equipamiento. Sistemas de Información» se preveía que:

«4.1. Lugar de trabajo. La prestación de servicios por el proveedor podrá realizarse:

En sus locales y con sus propios medios.

En los locales de Indra, o en los de cualquier tercero cliente de Indra, cuando Indra lo considere necesario por razón de los servicios a prestar (...).

Cuando los servicios hayan de prestarse en los locales de Indra o de un tercero, INDRA advertirá al PROVEEDOR de todas las reglas y norma específicas o prácticas que deban cumplirse en las instalaciones de Indra o de tercero. El PROVEEDOR cursará las oportunas instrucciones a su personal por el cumplimiento de estas normas cuando se encuentre en las instalaciones de INDRA o del tercero.

El PROVEEDOR será responsable de que su personal respete en todo caso la normas de seguridad establecidas por INDRA y/o terceros, así como el horario habilitado por INDRA y/o tercero para la prestación de los servicios"

4.2. Equipamiento.

El proveedor debe disponer de todos los medios materiales y humanos para el correcto desempeño de los servicios que sean objeto del presente Acuerdo Marco

4.3.- Sistemas de Información.

Cuando el PROVEEDOR preste sus servicios en las instalaciones de INDRA de un tercero cliente de INDRA y, como consecuencia de los servicios a prestar sea necesario que tenga acceso, total o parcial, a los sistemas de información de tecnologías de la información de INDRA o el tercero, se observarán las siguientes reglas:



El PROVEEDOR y su personal utilizarán los sistemas a los que tenga acceso de acuerdo con la normativa, manuales, procedimientos e instrucciones de INDRA o, en su caso, del tercero, relativo al uso de los sistemas de información.

En cuanto a INDRA, sus manuales a este respecto están comprendidos en los documentos que se relacionan en el Anexo H de este Acuerdo Marco, los cuales son entregados al PROVEEDOR en este acto.

El PROVEEDOR, atendiendo a los sistemas a los que, en su caso, su personal vaya a tener acceso, dará traslado de los manuales de INDRA que procedan de los relacionados en el Anexo H o/y de la normativa aplicable del tercero cliente de INDRA, a dicho personal, obteniendo del mismo la correspondiente carta de compromiso para su cumplimiento que se adjunta al presente acuerdo como Anexo III, la cual deberá ser entregada a INDRA (...).

En su Cláusula Quinta bajo la rúbrica «El precio. Tributos» establece que el precio de los servicios efectivamente contratados comprenderá, entre otros, mano de obra auxiliar de cualquier tipo y concepto; medios auxiliares y materiales de cualquier clase precisos para la buena prestación del servicio; transporte del PROVEEDOR de todo tipo (personal, equipos, etc.); máquinas y equipos para el desarrollo de su actividad; medios de seguridad vigente para cumplimentar toda la normativa vigente en materia de seguridad; equipos de protección individual para garantizar la seguridad y salud del empleado; gastos de administración y dirección, incluidas cargas sociales; formación técnica específica del personal empleado en el desarrollo y cumplimiento de los servicios; formación técnica y/o práctica específica en materia de seguridad y salud del personal empleado en el desarrollo y cumplimiento de los servicios.

En la Cláusula Séptima: "Personal del proveedor empleado en la prestación de los servicios» se estipuló que:

"(...) El PROVEEDOR prestará los servicios con personal propio de plantilla (...). En ningún caso podrá el PROVEEDOR emplear a su servicio personal de INDRA.

Por tanto, la dependencia jurídica y funcional de los trabajadores empleados en la prestación de los servicios será del PROVEEDOR, a cuya plantilla pertenecen y con quien tendrán formalizado el correspondiente contrato de trabajo de acuerdo al Convenio vigente.

El PROVEEDOR destinará al cumplimiento de sus obligaciones las personas necesarias y que estime convenientes para la adecuada prestación de los servicios contratados, quienes estarán exclusivamente bajo su dirección dependencia, sin que vengan obligadas a cumplir órdenes o seguir instrucciones que no emanen de su estructura jerárquica.

El PROVEEDOR cumplirá exacta y fielmente cuantas obligaciones se derive de su condición de empleador, de acuerdo con los Convenios y Legislación Laboral vigente, siendo por tanto su cadena de mando la que establezca este marco de relaciones con su personal.

Consecuentemente, el PROVEEDOR viene obligado a cumplir, con las personas que presten los servicios objeto del presente Acuerdo Marco bajo su dependencia y dirección, todas las obligaciones fiscales, laborales y de Seguridad Social (...).

Especialmente el Proveedor garantiza haber cumplido con las obligaciones establecidas en el artículo 42 del estatuto de los Trabajadores, respecto de los trabajadores que destine a la prestación de los servicios y/o ejecución de los trabajos objeto del presente Acuerdo Marco y de los representantes de los mismos, y a tal efecto, se obliga a aportar a INDRA, en el momento de la firma del presente Acuerdo, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social (...).

VII.- Por virtud de dicho Acuerdo Marco, GRUPO AMS realizaba las tareas de los servicios de soporte continuo para todos los Centros de Distrito, Centros de Salud y Centros de Urgencias del SAS, objeto del concurso público a que se hace referencia en el Hecho IV, del que resultó adjudicataria Indra Sistemas SA, destinando un total de 39 empleados a dichas tareas, de los cuales 7 estaban prestando servicios en la provincia de Huelva, entre ellos, el demandante.

VIII.- D. Vicente, mayor de edad, con DNI NUM000 viene prestando servicios por cuenta, bajo dependencia y dentro del ámbito de organización de GRUPO AMS, desde el 18.06.07 con categoría profesional reconocida de Auxiliar Técnico de Organización, en el sector del Distrito Sanitario Sierra de Huelva- Andévalo Central, devengando un salario diario de 41,27 euros, incluida prorrata de pagas.

IX.- El actor se encargaba de las tareas de soporte técnico, asesoramiento al personal del SAS, instalación de equipos, revisión de equipos, creación de manuales, implantación de software, resolución de incidencias, etc.



Acudía a diario a los Centros de Salud, a los que estaba adscrito, prestando sus servicios, desplazándose con su propio vehículo, si bien GRUPO AMS le proporcionaba una tarjeta de gasoil, pero como recorría a diario 120 kms, aquélla no alcanzaba a cubrir los gastos de combustible invertidos, costeándolos el actor por su cuenta.

Empleaba su propio ordenador portátil, sin que GRUPO AMS pusiera a su disposición algún terminal.

Un informático del SAS le organizaba el trabajo y también desde las oficinas de INDRA se coordinaba las tareas.

GRUPO AMS puso a su disposición un teléfono móvil, pero como muchas de las llamadas eran restringidas, finalmente empleaba su propio teléfono.

X.- Por virtud de procedimiento de adjudicación abierto, expediente de referencia 2105/10, promovido por el Servicio Andaluz de Salud, se ofertó contrato administrativo cuyo objeto era los servicios de soporte de los Sistemas de Información en los Centros de Atención Primaria del SAS detallados en el Pliego de Prescripciones Técnicas (folios 398-413, por reproducidos) y conforme al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (folios 188-234, por reproducidos), presentando la UTE Sadiel, Novasoft y Diasoft, S.L. la Oferta Técnica a los folios 271- 368 (por reproducidos) y el Resumen Ejecutivo (a los folios 369-397, que damos por reproducidos), resultando dicha UTE ser adjudicataria del citado contrato.

XI. El 06.09.10 INDRA remitió comunicación a GRUPO AMS, vía burofax, en el que se informaba de lo siguiente:

«Estimados señores,

Por la presente les ratificamos la comunicación previa realizada (por correo electrónico en el día de ayer) en la que se les indica como fecha de finalización de los servicios de soporte que viene prestando hasta la actualidad para el proyecto SOLERA, el próximo día 15 de Septiembre".

XII.- El 14.09.10 Grupo AMS depositó burofax dirigido al actor, que la recibió el día 23 siguiente, en la que se le participaba que:

«Por medio de la presente, le comunicamos que el próximo 15 de septiembre de 2010, cesará en la prestación de servicios que mantiene con nosotros con motivo de la finalización del contrato mercantil que la empresa AGRUPACIÓN EMPRESAS AUTOMATISMOS MONTAJES Y SERVICIOS, S.L. mantenía con la mercantil INDRA, consistente en el servicio de soporte de los Sistemas de Información en los Centros de Atención Primaria del Servio Andaluz de Salud, así mismo le informamos que usted será subrogado por la empresa UTE Diasoft-Novasoft-Sadiel, según lo estipulado en el Convenio Colectivo de Siderometal de la provincia de Sevilla de fecha 28 de enero de 2010, así como en los acuerdos sociales, firmados en el SERCLA de fecha 18 de mayo de 2001, en los que se establecen que se respetarán todos los derechos y obligaciones que mantiene en la actualidad con nuestra empresa de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores ".

XIII.- El 22.09.10 por burofax, GRUPO AMS remitió al actor, que lo recibió al día inmediato, nómina de septiembre, propuesta de liquidación y finiquito y certificado de empresa.

XIV.- El 23.09.10 GRUPO AMS dirigió comunicación a la UTE (folios 122-129, por reproducidos) en la que le informaba que:

"(...)Por la presente les comunicamos como adjudicatarios del Servicio de Soporte de los Sistemas de Información en los Centros de Atención Primaria del Servicio Andaluz de Salud, que hasta la fecha veníamos prestando, por dicho motivo y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 28 del Convenio Colectivo del sector Siderometalúrgico de Sevilla se debe aportar la siguiente documentación(...) relacionando los documentos que debía poner a su disposición y la enumeración de los 39 trabajadores que estaban destinados al servicio, con mención de sus nombres y apellidos, categorías, antigüedad DNI, números de afiliación a la Seguridad Social y tipos de contrato.

XV.- De los siete empleados de GRUPO AMS destinados en Huelva por virtud de los compromisos adquiridos por dicha mercantil con INDRA, cuatro han sido contratados por la UTE y los restantes tres trabajadores (entre ellos el actor) han demandado por despido contra las empresas y organismos que se detallan en el Encabezamiento de esta Sentencia.

XVI.- La UTE ha contratado a 33 trabajadores procedentes de GRUPO AMS (de un total de 39 destinados en Andalucía), contando con una plantilla de 124 trabajadores adscritos a los servicios comprometidos con el SAS por virtud del contrato administrativo (expediente de referencia nº NUM001), tal y como se dispuso en la Oferta Técnica al SAS.

XVII.- La UTE ha puesto a disposición del personal destinado a los servicios de soporte de los Sistemas de Información en los Centros de Atención Primaria del SAS los siguientes medios:

-Ordenador portátil para recepción y seguimiento de incidencias, entre otros usos.



-Teléfono integrado en la red corporativa de la Junta de Andalucía.

-Maletín de herramientas en cada Centro de Salud.

-Herramientas virtuales, no objeto de servicio, sino medio de prestación de servicios, como la intranet, en la que se ha puesto en funcionamiento una plataforma on line.

XVIII.- El Convenio Colectivo para el sector de Montajes de la provincia de

Huelva se contiene en la Resolución de 19.06.08 de la Delegación Provincial de Huelva de la Consejería de Empleo (BOP 15.07.08) y que damos por reproducido (folios 432-448).

Según su artículo 1 bajo la rúbrica «Ámbito funcional: El presente Convenio obliga a las empresas y trabajadores del sector del Metal, tanto en el proceso de producción como en el de transformación en sus diversos aspectos y almacenaje, comprendiéndose así mismo aquellas empresas, centros de trabajo o talleres en las que se lleven a cabo trabajos de carácter auxiliar, complementarios o afines de la siderometalurgia o tareas de instalación, montaje o reparación incluidas en dicha rama o en cualquier otra que requiera tales servicios.

Será de aplicación a todas las empresas de Industrias del Metal y Construcciones y Reparaciones Metálicas, Industriales Electricistas, Frío Industrial, Almacenistas de Hierros, Almacenistas de Suministros Industriales, Almacenistas de Materiales Eléctricos y regirá las relaciones de trabajo de las mismas en la Provincia de Huelva (...)"

Y en el artículo 2 "Ámbito Territorial: El Convenio afectará a todos los centros de trabajo y trabajadores que comprendidos en el ámbito funcional del mismo se encuentran situados en la provincia de Huelva, aún cuando el domicilio social de la empresa a que pertenezcan radique fuera de dicho término provincial".

Las tablas salariales para el año 2010 se contienen en el Anexo II de la Resolución de 27.04.10 (por reproducida, folios 449-454) de la Delegación Provincial de Huelva de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía publicada en el BOP de Huelva nº 98 de fecha 25.05.10.

XIX.- En Resolución de la Delegación Provincial de Sevilla de la Consejería de Empleo de 23.12.09, publicada en el BOP nº 22 de Sevilla de 28.01.10 (por reproducido a los folios 252 y ss.) se contiene el Convenio Colectivo para las Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla, con vigencia para los años 2009-2011.

Las tablas salariales para el año 2010 se contienen en el Anexo 1 de la Resolución de 26.05.10 (por reproducida, folios 427-431) de la Delegación Provincial de Sevilla la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía publicada en el BOP de Sevilla nº 134 de fecha 12.06.10.

XX.- El actor no ostenta ni ha ostentado condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

XXI.- El 13.10.10 el actor interpuso reclamación previa, que no consta resuelta expresamente y, el mismo día, papeleta de conciliación ante el CMAC, celebrándose el acto el 03.11.10 con resultado sin avenencia. La demanda que encabeza estos autos se interpuso en el Decanato el pasado 03.11.10."

TERCERO.- El demandado AGRUPACIÓN DE EMPRESAS AUTOMATISMOS MONTAJES Y SERVICIOS S.L. (GRUPO AMS) recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnada por INDRA SISTEMAS S.A., y por UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS DIASOFT-NOVASOFT-SADIEL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia estimatoria de la pretensión de despido, declarado improcedente y condenada la empresa AGRUPACIÓN DE EMPRESAS AUTOMATISMOS MONTAJES Y SERVICIOS S.L. (GRUPO AMS) a las consecuencias legales, se alza el demandado AGRUPACIÓN DE EMPRESAS AUTOMATISMOS MONTAJES Y SERVICIOS S.L. (GRUPO AMS) por el cauce de los apartados b) y c) del art 191 LPL, proponiéndose redacción alternativa de los hechos probados, los 10º; como la infracción del art. 44 ET. Argumenta que hubo sucesión de empresas ya que el elemento esencial para la prestación de servicios es el talento de los operarios (sic) de la recurrente y que al ser contratados ex novo por la UTE entrante 70 trabajadores hubo una "sucesión de plantillas".

SEGUNDO.- La recurrente pretende la revisión del HP OCTAVO para que se adicione un párrafo que diga: "Del examen del pliego de cláusulas administrativas y el pliego de prescripciones técnicas de ambos concursos, se establece en primer lugar la continuidad temporal en la prestación del servicio, la Agrupación AMS cesa en el servicio el día 15/09/10 y la UTE el día inmediato, el 16/09/10 inicia la prestación de servicios. En segundo lugar puede considerarse que ambas contrataciones no solo son continuidad una de otra, lo que es evidente por



la sucesión de fechas, además la contrata del 2010 contiene íntegramente la contrata del 2006, pudiendo establecerse la plena identidad de ambas."

Lo apoya en el doc. de los f. 179, 166, 211.

No se accede ya que lo que se pretende adicionar no son hechos sino conclusiones, que son conjeturas a partir de un párrafo de los tres folios indicados, por otra parte es redundante ya que en el relato histórico se narra la prestación de servicios para el soporte a las aplicaciones de los sistemas de información corporativos en los centros (DIRAYA o la historia clínica única digital); y en el párrafo 2º del FDº 5º como en el primer párrafo del FDº 8º se nos relata que hay continuidad en la prestación de servicios el 15-9-10, y que el servicio es "soporte en los sistemas de información en los centros", sistemas de información que no es otro que la historia clínica única digital, que en un primer momento se implanta y desarrolla y luego ya se mantiene, de ahí la evolución en el redactado burocrático, y por tanto farragoso, del clausulado -que además es ampliado dentro de un mismo contrato de arrendamiento de servicios-.

TERCERO.- La empresa recurrente AGRUPACIÓN DE EMPRESAS AUTOMATISMOS MONTAJES Y SERVICIOS S.L. (GRUPO AMS) denuncia la infracción del art. 44 ET . Argumenta que hubo sucesión de empresas ya que el elemento esencial para la prestación de servicios es el talento de los operarios (sic) de la recurrente y que al ser contratados ex novo por la UTE entrante 70 de 87 trabajadores, que ya prestaban servicios en la contrata, hubo una "sucesión de plantillas".

Inalterado el relato histórico, se infiere -asi como de los HHPP 7º "soporte continuo para todos los centros", 5º "prestación de servicios para el soporte de a las aplicaciones de los sistemas de información corporativos en los centros", 9º "soporte técnico, asesoramiento al personal del SAS...", 10º "servicios de soporte de los sistemas de información en los centros", FDº 2º "soporte de los sistemas de información en los centros" y FDº 8º "ASM cesa en los servicios para el soporte a las aplicaciones de los sistemas de información .../... la UTE asume los servicios de soporte de los sistemas de información en los centros" que el contrato de prestación de servicios adjudicado por el SAS, y suscrito por la UTE, tiene un objeto similar: "el trabajo para el correcto funcionamiento del hardware y software necesario para la plataforma "Diraya" (Historia Clínica Digital Única)" o como se titula en los pliegos de condiciones para la contrata de 2006: "soporte a las aplicaciones de los sistemas de información corporativos" o en el pliego de condiciones para la contrata de 2010: "servicios de soporte de los sistemas de información" o como justifica el SAS la externalización: "5.2- Necesidades administrativas a satisfacer e idoneidad del objeto: Este contrato es necesario para mantener los mismos niveles de los servicios de soporte de los Sistemas de Información en los Centros de Atención Primaria del Servicios Andaluz de Salud", circunstancias que sumadas a la continuidad en el servicio sin interrupción, GRUPO AMS cesa el 15-9-10 y el 16-9-10 entra a prestar servicios la UTE (vid. párrafo 1º FDº 8º), tras la contratación ex novo -con una novación contractual de todos y cada uno de los contratos de trabajo- de un 84,61% de la plantilla que el GRUPO AMS tenía destinado a ese servicio, se infiere que aquí lo significativo es el peso de la mano de obra, tanto como de un conjunto de 87 trabajadores se sucede en el contrato de 70, siendo el cliente único, y que en términos de coste económico, los medios materiales facilitados por la empresa entrante (PC portátil, teléfono móvil) son los obvios en una empresa TIC del S. XXI para sus trabajadores, pues estos para realizar los trabajos de la contrata de consultoría, asesoramiento, soporte técnico y administrativo correcto funcionamiento del hardware y software necesario para la plataforma "Diraya", soporte a la configuración Hardware, soporte a la configuración del software, soporte y capacitación en uso de la historia de salud Diraya, soporte y capacitación en el uso de las aplicaciones instaladas en los Centros de Primaria etc...precisan de alguna herramienta para conectarse con la central ante las incidencias que acaezcan durante la prestación de servicios. Medios materiales de valor marginal al lado del montante del coste de la contrata para la que es esencial el elemento humano que es quien se pondrá al lado del médico de atención primaria, o del ATS o del administrativo del SAS para asesorar en el uso de lo ya implantado: la historia clínica única digital. En fin, no es imaginable el como la contrata entrante sin asumir la plantilla de la saliente hubiera asumido el encargo, salvo suspender la atención sanitaria en toda Andalucía en tanto la contrata entrante hubiera formado a una nueva plantilla, lo que hubiera sido un disparate inimaginable. Se hizo lo razonable y lógico: asumir la casi integridad de la plantilla saliente, pues era el elemento esencial en esta contrata.

Es obvio que la mayor parte de las situaciones contempladas en esta Sala no integran supuestos en los que se transmita una empresa en funcionamiento, pues ello eliminaría todo litigio sobre la subrogación empresarial, sino que el desacuerdo siempre pues se trata de ocultar esa sucesión, con el fin de evitar las consecuencias que entraña y se acude en el cambio de titularidad a mecanismos no transparentes (STSJ Galicia 20-9-11) -en nuestro caso la terminología burocrática que oscurece una única realidad: una contrata de consultoría, asesoramiento, soporte técnico y administrativo para el correcto funcionamiento del hardware y software necesario para la plataforma "Diraya", historia clínica única digital, de la que depende toda la atención



sanitaria de la CC.AA. Andaluza- de modo que la calificación de un cambio en la titularidad empresarial como constitutivo de sucesión de empresas, depende de circunstancias muy variadas (STS 9- 12-09).

El elemento subjetivo, cuestionado en la sentencia por entenderse que la actividad es distinta, ya adelantamos que del propio relato histórico se descarta pues la actividad continua con la contrata entrante, con la sucesión de plantilla que es quien sigue con las tareas de mantenimiento de los sistemas informáticos del programa Diraya: historia clínica única digital.

El elemento objetivo, -que es aquí también cuestionado, como aduce el impugnante INDRA al f. 11 y 12 de su escrito- de la sucesión de empresas supone la entrega real de todos los factores esenciales de la misma capaces de asegurar la continuidad del conjunto de sus elementos, tanto el técnico, como el organizativo y como el patrimonial, susceptibles de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional (STS 4-4-05). Por tanto, la cesión de una serie de servicios que constituyen un negocio y cuya titularidad se trasmite, conlleva que lo cedido sea una entidad económica con identidad propia, como conjunto de medios organizado (SSTS 12-12-02 ; 12-12-07 ; 23-10-09 ; 12-5-10).

Para delimitar los parámetros objetivo hay que valorar conjuntamente todos los elementos que se transmiten (SSTJCE 15-12-05, C-232/04 y C-233/04; 20-1-11 , C- 463/09; STS 23-10-09) de modo que no concurre la sucesión si la actividad transmitida no descansa fundamentalmente en la mano de obra, por exigir un material e instalaciones importantes (SSTS 23-10-09 ; 20-9-11). No existe sucesión aunque la mayoría de la plantilla haya pasado a trabajar con la entrante, si las instalaciones y material necesario para continuar la actividad, pueden calificarse de importantes (STSJ C.Valenciana 17-5-11).

En sentido contrario, **una entidad económica puede funcionar en determinados sectores productivos, sin elementos significativos de activo material o inmaterial** (SSTJCE 11-3-97 , C-13/95; 29-7-10, C-151/09 ; 20-1-11 , C-463/09; 6-9-11 C-108/10) y así se incluye en **la noción de traspaso la transferencia de la mera actividad cuando la misma va acompañada de la asunción de las relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior dando la sentencia a ese conjunto el carácter de "entidad económica"**.

En tales supuestos, la denominada **mano de obra se constituye en elemento esencial, en términos de número y calidad** (SSTJCE 14-4-94 , C-392/92; 11- 3-97, **C-13/95 (asunto Süzen)** ; 10-12-98 , C-173/96 y C-247/96; 24-1-02 , C-51/00; 29-7-10, C-151/09 ; 20-1-11 , C-463/09; 6-9-11, C-108/10 ; SSTS 21-10-04 ; 25-1-06 ; 17-2-06 ; 14-6-06 ; 23-10-09 ; 12-7-10) pues son los conocimientos y la experiencia acumulados por el trabajador que ha venido allí desarrollando su actividad, el elemento estructural estable para el desempeño de la actividad empresarial (STSJ Asturias 16-9-11 ; SSTSJA Sevilla nº 1118/10 de 13 de abril , nº 95/09 de 13 de enero , nº 1753/08 de 19 de mayo -JUR 218532, AS 844, AS 1271-). En suma, **la sucesión viene determinada por la identidad de plantillas en los supuestos en los que la actividad descansa de forma sustancial en la mano de obra, y así es la plantilla, considerada en su conjunto, la que caracteriza la organización productiva que entra en juego, de forma que la pervivencia de la misma plantilla supone identidad de la organización productiva asumida.**

Para entender si concurre este parámetro, **el número de trabajadores que han pasado a incorporarse a la nueva plantilla, tiene que ser significativo** en la terminología de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que ha establecido que para que se produzca "sucesión de plantillas" el número de los trabajadores que pasan a la nueva empresa no ha de ser mayoritario, sino que basta con que sea "significativo" (STS 25-1-06) es decir, hay que matizar que no es necesario acudir a un criterio estrictamente numérico y mayoritario -ni de identidad de plantillas- pues en estos casos, aun en el caso extremo de que no sean mayoría los afectados, han de compaginarse los datos referidos a la actividad de la empresa -tipo, lugares y modos de la prestación-, el número y porcentaje de los trabajadores que prestaban servicios en la antigua plantilla y que lo siguen haciendo en la nueva y también los elementos cualitativos relativos a la identidad de aquellos trabajadores con facultades directivas o de mando o con cualificaciones profesionales específicas, pues de acuerdo con la sentencia Süzen antes citada, es preciso valorar no solamente el número de los trabajadores, sino también sus competencias (SSTSJ Valladolid 31-10-07 ; 1-12-10) y en nuestro caso, en la provincia de Huelva, de 7 trabajadores que prestaron servicios para la recurrente, 4 prestan servicios en la entrante en sus mismos puestos -centros de salud primaria- y localidades -por ejemplo, en Jaén de 5, todos continúan (vid. STSJA Granada nº 2309/11 de 6 de octubre) o en Córdoba de 11 continúan 10- y es el actor, un auxiliar técnico de organización, el que no es subrogado por la UTE, manteniéndose cualitativamente la plantilla. No olvidemos que del total de 87 trabajadores que prestaban servicios en esta CCAA para la recurrente, 70 continúan prestando servicios para la empresa entrante -la UTE-, no subrogándose la UTE en algunos de los trabajadores. Asumida por la UTE entrante una plantilla significativa, y siendo irrelevantes los medios materiales que aporta hasta el punto que "Antes usaban muchos que eran propios del SAS, pese a las protestas de esta entidad" pues reiteramos, que los medios materiales facilitados por la empresa entrante (PC portátil, teléfono móvil) son los obvios en una empresa TIC del S. XXI para sus trabajadores, pues estos para realizar los trabajos de la contrata



de soporte y capacitación en uso de la historia de salud Diraya, como para el soporte y capacitación en el uso de las aplicaciones instaladas en los Centros de Primaria etc...precisan de alguna herramienta para conectarse con la central ante las incidencias que acaezcan durante la prestación de servicios. Medios materiales de valor marginal al lado del montante del coste de la contrata para la que es esencial el elemento humano que es quien se pondrá al lado del médico de atención primaria, o del ATS o del administrativo del SAS para asesorar en el uso de lo ya implantado: la historia clínica única digital. Hemos de entender que debió haber una subrogación por la contrata entrante, y que al no acaecer así, hubo un despido del que es responsable en sus consecuencias la UTE demandada, estimándose este motivo de recurso, revocando la sentencia en este extremo.

CUARTO.- Respecto a los salarios de tramitación, dado que la fecha del despido es anterior a la entrada en vigor del RDL 3/2012 todos los despidos previos a la entrada en vigor del RDL se rigen por la normativa previa, pues tiene plena eficacia extintiva originaria la decisión empresarial, y por tanto los salarios de tramitación se consideran indemnización (al considerar que el despido es plenamente eficaz y provoca la extinción originaria del contrato) siguiendo el planteamiento que nuestra jurisprudencia -posición no esta exenta de importantes críticas- realiza sobre esta cuestión, STS de 7-12-1990 (RJ 9760), que afirmaba con bastante rotundidad la eficacia extintiva del despido; por lo que el hecho de proceder al despido supone directamente la extinción del contrato de trabajo. En consecuencia, la decisión empresarial plasmada en el despido supone la extinción de la relación laboral, que se rompe, y tan sólo podrá recomponerse en caso de readmisión. Se detecta por parte de esta Sentencia, que existe una importante diferencia entre la extinción regulada en el ET y la resolución contractual que se recoge en el art. 1124 del CC , pues en esta última la resolución no da lugar a la extinción en modo automático e incluso, en caso de incumplimiento, si éste se discute, es necesario que haya resolución judicial; por el contrario, el ET permite la extinción por voluntad del empresario de manera directa y autónoma, sin necesidad de sentencia judicial. La mencionada sentencia es tan radical que incluso defiende los efectos extintivos del despido en caso de nulidad, señalando que el contrato se rompe con independencia de la posterior reconstitución de la relación laboral.

Lo anterior implica, como es lógico, que la extinción del contrato se produce en el momento del despido y no cuando se produce la sentencia judicial que califica el despido como procedente -en este caso nuestro ordenamiento siempre ha mantenido que el despido procedente produce efectos desde el momento mismo del cese efectivo de la prestación de trabajo- o improcedente (no en vano nuestro ordenamiento concede al empresario el derecho de opción entre la readmisión o el abono de las indemnizaciones, no entre readmisión y extinción, de donde puede considerarse que se produce una extinción originaria del contrato).

Consecuentemente, el vínculo contractual queda roto y desaparece por el hecho del despido, sin quedar en situación de pendencia hasta el posterior control judicial.

Sentada la eficacia extintiva originaria de la decisión empresarial solo resta considerar las reglas de derecho transitorio:

- a) Que solo hay una norma concreta en el RDL 3/2012: la DT 5.2 , que se aplica a indemnización por despido improcedente producido luego de la entrada en vigor del RDL y en relación a contratos que nacieron antes de la misma. En lo demás, silencio, a diferencia de otras reformas.
- b) Ante este silencio, se debe acudir al principio general: art. 2.3 CC , irretroactividad, salvo disposición expresa en contrario.
- c) Además se debe acudir al principio general ya el art. 9.3 CE , porque es norma que restringe derechos.
- d) En el mismo sentido es de aplicación el principio de "tempus regit actum", de la DT 2 CC , que evita eventuales desigualdades en el trato de los mismos casos dependiendo solo de la fecha del trámite y resolución del despido.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con **estimación del recurso de suplicación** interpuesto por la AGRUPACIÓN DE EMPRESAS AUTOMATISMOS MONTAJES Y SERVICIOS S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Huelva en sus autos núm. 1.172/10, en los que el recurrente fue codemandado, junto a INDRA SISTEMAS S.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS DIASOFT-NOVASOFT-SADIEL, SAS, por D. Vicente , en demanda de despido, y como consecuencia **revocamos dicha sentencia** en el sentido de absolver a la AGRUPACIÓN DE EMPRESAS AUTOMATISMOS MONTAJES Y SERVICIOS S.L. de las consecuencias del despido del 15-9-10 de D. Vicente siendo responsable del mismo la UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS DIASOFT-NOVASOFT-SADIEL que es condenada a que, a su elección, que deberá manifestar por escrito o comparecencia ante la Secretaría de esta



Sala, dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquel en que se le notifique esta sentencia, readmita a D. Vicente en su puesto de trabajo o le abone una indemnización ascendente a SIETE MIL NOVENTA EUROS CON NOVENTA Y CINCO CÉNTIMOS (7.090,95), con advertencia de que si no opta en el plazo indicado procederá la readmisión y, en ambos casos, pagará al demandante una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir por éste desde el día del despido, inclusive, hasta el de la notificación de la sentencia de instancia al condenado, exclusive, sin perjuicio del derecho de éste a reclamar, en otro pleito dirigido contra el Estado, con citación del actor, los salarios de tramitación que pague a éste y excedan de sesenta días hábiles desde que se presentó la demanda, hasta el de la notificación de la sentencia al empresario condenado.

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 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 LRJS.

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".

Se advierte a la empresa condenada que, de hacer uso de tal derecho, 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" del Banco Español de Crédito oficina urbana Jardines de Murillo sita en esta Capital Avda. de Málaga núm. 4, núm. de cuenta 4.052 0000 65 2579 11 tal consignación podrá sustituirla por aval bancario, en el que deberá constar la responsabilidad solidaria del avalista, quedando el documento presentado en poder del Sr. Secretario de esta Sala, que facilitará recibo al presentante y expedirá testimonio para su incorporación al rollo.

Asimismo se advierte al recurrente no exento, que deberá acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito de 600, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta a favor de esta Sala, en el Banco Español de Crédito (BANESTO), Oficina urbana Jardines de Murillo, en Sevilla, en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-35-2579-11, especificando en el documento resguardo de ingreso, campo concepto, que se trata de un "Recurso".

Se advierte a la parte condenada que, tanto si recurre ella como si lo hace la actora y se hubiera optado por la readmisión, deberá readmitir a la parte demandante en su puesto de trabajo, con abono de la misma retribución que viniera percibiendo con anterioridad al despido, salvo que prefiera realizar tal abono sin contraprestación alguna.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase a la recurrente el depósito constituido en la instancia y la consignación en la cuantía que corresponda.

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.- Sevilla a diecisiete de mayo de dos mil doce.

En el día de la fecha se publica la anterior resolución definitiva. Doy fe.