



Roj: **STSJ AND 3220/2012 - ECLI:ES:TSJAND:2012:3220**

Id Cendoj: **41091340012012101179**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **10/05/2012**

Nº de Recurso: **3293/2011**

Nº de Resolución: **1483/2012**

Procedimiento: **SOCIAL**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso.- 3293/11(L), sent. 1483/12

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, CEUTA Y MELILLA**

**SALA DE LO SOCIAL**

**SEVILLA**

**ILTMOS. SRES.:**

**D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> ELENA DÍAZ ALONSO, Presidente**

**D<sup>a</sup>. 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 lltmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA NÚMERO 1483 /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 3 de Huelva en sus autos núm. 1182/10; ha sido **Ponente el lltmo. 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. Baldomero, en demanda de despido, se celebró el juicio y el 7 de abril 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:

"Primero.- El actor, Don Baldomero, mayor de edad, con DNI NUM000 viene prestando servicios por cuenta y bajo dependencia de "Agrupación Empresas Automatismos Montajes y Servicios S.L. "(Grupo AMS) desde el 1 de septiembre de 2003, con categoría profesional reconocida de Auxiliar Técnico de Organización, percibiendo un salario diario bruto, en cómputo anual, de 47'30 euros.



Segundo.-El demandante inició su relación laboral con la mercantil "Sinfored", con domicilio social en calle Manufactura, 4, de la localidad de Mairena del Aljarafe (Sevilla), mediante sucesivos contratos temporales, causando baja en dicha empresa el 31 de julio de 2006.

Tercero.- 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 2 de diciembre de 2005, por tiempo indefinido, con domicilio en el Polígono Pisa de Mairena del 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 si 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.

El domicilio social de dicha entidad está situado en calle Manufactura no 4, de la localidad de Mairena del Aljarafe (Sevilla).

Cuarto.-La citada mercantil absorbió, con efectos de 1 de enero de 2006 a seis sociedades, entre las que se encontraba "Sinfored S.L.U." con disolución de estas últimas, sin que existiera aumento del capital social de aquella ni relación de canje alguna, puesto que con anterioridad a la fusión la sociedad absorbente era socio único de cada una de las absorbidas, cuyo patrimonio se traspasó en bloque a la sociedad absorbente.

Quinto.-Con fecha 1 de agosto de 2006 "Grupo AMS" cursó el alta en Seguridad social del hoy actor, celebrando con el mismo el día 1 de noviembre de 2006 contrato de duración determinada, para obra o servicio, con objeto definido como "Técnico de soporte a las aplicaciones de los sistemas de información en centros de distrito, centros de salud y centros de urgencias del SAS en la provincia de Huelva, según proyecto para Indra"

En la estipulación séptima del citado contrato se establecía que sería de aplicación al mismo el Convenio Colectivo de Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla.

Sexto.-El Sr. Baldomero , que prestaba servicios en el sector del Distrito Sanitario Sierra de Huelva- Andevalo Central, se encargaba de las tareas de instalación, revisión y mantenimiento de equipos y redes, atención y resolución de incidencias, impartición de información sobre manejo de aplicaciones informáticas, etc.

Para el desempeño de tales tareas "Grupo AMS" puso a su disposición un teléfono móvil.

El demandante poseía tarjeta identificativa expedida por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía en la que constaba " Baldomero . Técnico Informática. Distrito"

Séptimo.- La "APS Andalucía-Diasoft S.L., Sadiel Tecnologías de la Información S.A., Novasoft Ingeniería S.L. UTE Ley 18/1982", con CIF U-14900088, se constituyó por Escritura Pública otorgada ante el Notario de Córdoba D. Angel César Díez Giménez, el 23 de agosto de 2010.

Octavo.- Con fecha 2 de marzo de 2006, el Servicio Andaluz de Salud sacó a concurso, 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.

Noveno.-La codemandada, "Indra Sistemas, S.A." resultó adjudicataria del citado concurso, suscribiendo con el SAS el 27 de junio de 2008 "Contrato tipo de servicios" incorporado a los folios 724 a 727 de lo actuado, con duración inicial de un año, si bien el mismo fue prorrogado por un período de dos años, y en virtud de acuerdo suscrito entre ambas partes el 26 de junio de 2008.

Mediante cláusula adicional de 16 de mayo de 2008 ambas partes habían acordado modificar el objeto del citado contrato, a fin de ampliar el Soporte Avanzado para acometer las nuevas necesidades surgidas en el parque de microinformática y terminales ligeros de los Centros de Salud de Atención Primaria y que comprende la realización de las siguientes tareas:



- Migraciones a la línea de RCJAv2, permitiendo así la entrada en Diraya de centros que actualmente, y debido a su tipo de línea, no lo pueden hacer, mejorando su capacidad.
- Actualización del nuevo antivirus corporativo en todos los PC's del parque. La version que se instala es actualizable remotamente.
- Nueva configuración Citrix en todos los PC's de los Centros de Salud motivada por la creación de granjas provinciales.
- Instalación y pilotaje de nuevas imágenes Linux en los PC's más antiguos del parque para mejorar su rendimiento,
- Creación e instalación particular de nuevos centros para el pilotaje de las nuevas versiones del módulo de Atención Primaria de Diraya.
- Implantación del visor de pruebas de radiodiagnóstico (RX) en los Centros de Salud de Atención Primaria,
- Soporte de apoyo en los hospitales y los distritos reconvertidos en Areas de Gestión Sanitaria para la interconexión Diraya AP y Diraya AE.

Décimo.- Con fecha 27 de julio de 2006 "Indra Sistemas S.A." y "Grupo AMS" suscribieron Acuerdo Marco (folios 734 a 744, por reproducidos) cuyo objeto lo constituía "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 del citado contrato, bajo la rúbrica "Lugar de trabajo. Equipamiento. Sistemas de Información" se establecía:

#### "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 normas específicas o prácticas que deban cumplirse en las instalaciones de Indra o del tercero. El PROVEEDOR cursará las oportunas instrucciones a su personal para 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 las 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 Informacion.

Cuando el PROVEEDOR preste sus servicios en las instalaciones de INDRA o 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 o 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 el Anexo II 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 II 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 plan tilia (...). 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 plan tilia 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 y 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 deriven 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 (...).

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, destinando un total de 39 empleados a dichas tareas, de los cuales 7 estaban prestando servicios en la provincia de Huelva, entre los que figuraba el hoy actor.

Undécimo.- Por virtud de procedimiento de adjudicación abierto, expediente no 2105/10, promovido por el Servicio Andaluz de Salud, se ofertó contrato administrativo cuyo objeto lo constituían los servicios de soporte de las aplicaciones de los Sistemas de Información Corporativos en los Centros de Salud y Centros de Urgencias del Servicio Andaluz de Salud detallados en el Pliego de Prescripciones Técnicas (folios 550 a 575 de lo actuado, que damos por reproducidos) y conforme al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (folios 534 a 549, por reproducidos), habiendo presentando la "UTE Sadiel, Tecnologías de la Información S.A., Novasoft S.L. y Diasoft S.L." la correspondiente Oferta Técnica (folios 463 a 535, por reproducidos) y el Resumen Ejecutivo (folios 804 a 832, a que hacemos aquí remisión), y resultando dicha entidad, el día 2 de septiembre de 2010, adjudicataria del citado contrato.

En la estipulación 9.16 del Pliego de Cláusulas Administrativas se establecía que sería obligación del adjudicatario "con respecto al personal que emplee en la realización del objeto del contrato, el cumplimiento de las disposiciones en materia de legislación laboral y de Seguridad Social vigentes durante la ejecución del contrato. El SAS no asumirá vínculo alguno respecto de este personal"~

Duodécimo.-Con fecha 6 de septiembre de 2010 "Indra Sistemas S.A." remitió burofax a "Grupo AMS", con el contenido 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".

Decimotercero.- Con fecha 14 de septiembre de 2010 "Grupo AMS" remitió al actor burofax con el contenido siguiente: "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 SER CLA 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 "

Con fecha 15 de septiembre de 2010 la patronal cursó la baja del hoy actor en el sistema de la Seguridad Social.

Decimocuarto.-El día 22 de septiembre de 2010, "Grupo AMS" remitió al actor, que lo recibió al día siguiente, burofax al que se acompañaban la nómina de septiembre, propuesta de liquidación y finiquito y certificado de empresa obrantes a los folios 804 a 806 de lo actuado.

Decimoquinto.-Ese mismo día 23 se recibe en la "UTE" comunicación procedente de "Grupo AMS" (folios 811 y 812 de lo actuado, 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(i..)", 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.

En la citada relación figuraba el hoy actor, con categoría de Auxiliar Técnico de Organización, y antigüedad de 1 de noviembre de 2006.

Decimosexto.- En la actualidad la "UTE" tiene suscrito contrato laboral con 126 trabajadores, dedicados al contrato con el SAS que constituye su objeto social.

El número de trabajadores adscritos al mentado servicio con anterioridad al 16 de septiembre de 2010 ascendía a 80, destinados todos ellos en los centros de salud, actuando bajo las órdenes directas de los técnicos responsables del SAS.

La "UTE" ha contratado a 33 trabajadores procedentes de "Grupo AMS".

De los siete trabajadores que para esta última prestaban servicios en Huelva, cuatro lo hacen actualmente en la "UTE"

Decimoséptimo.-Por su parte, esta última 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 ha facilitado a sus trabajadores, además de herramientas menudas necesarias para la diagnosis y resolución de averías (tensiómetros, destornilladores, medidores, etc...), un teléfono móvil y un ordenador portátil, así como una serie de programas informáticos para desarrollar su trabajo.

De los trabajadores empleados en la actual contrata, algunos prestan servicios en los centros de salud y otros lo verifican en oficinas de la propia "UTE", soportando de manera horizontal al personal "de campo", existiendo, además, un Responsable, un Subdirector y unos Responsables de Zona, encargados de impartir órdenes a los técnicos, limitándose ahora los responsables del SAS a comunicar a la "UTE" las posibles incidencias.

Decimoctavo.- En el BOP de Huelva nº 135, de 15 de julio de 2008, se publicó Resolución de 19 de junio de 2008, de la Delegación Provincial de Huelva de la Consejería de Empleo, por la que se acuerda el registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector de Montajes de la provincia de Huelva (folios 443 a 451, por reproducidos).

En 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, com prendiéndose 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 del citado Convenio para el año 2010 (folios 452 a 455, a que hacemos remisión), fueron publicadas en el BOP de Huelva nº 98, de 25 de mayo de 2010.

Decimonoveno.- El Convenio Colectivo para las Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla con vigencia para los años 2009-2011, publicado en el BOP el 28 de enero de 2010, establece en su artículo 1, bajo la rúbrica "Ámbito territorial y funcional", que:

"El presente Convenio Colectivo afectará a todas las empresas del Sector Siderometalúrgico, siempre que no se rijan por otro convenio por razón legal, y regirá las relaciones de trabajo de las mismas en la provincia de Sevilla y las que con carácter temporal, se efectúen fuera de ella por empresas comprendidas dentro de su ámbito.

Sus preceptos obligan a todas las empresas y trabajadores que realizan su actividad, tanto en el proceso de producción, como en el de transformación en sus diversos aspectos de manipulación o almacenaje, comprendiéndose asimismo aquellas empresas, centros de trabajo, talleres de reparación de vehículos, con inclusión de los de lavado, engrase e instalación de neumáticos, o talleres que llevan a cabo trabajos de carácter auxiliar, complementarios o afines, directamente relacionados con el Sector, o tareas de instalación, montaje, reparación, mantenimiento o conservación incluidos en dicha rama o en cualquier otra que requiera tales servicios, así como, las empresas fabricantes de componentes de energía renovable.

También será de aplicación a las industrias metalgráficas y de fabricación de envases metálicos y boterío cuando en su fabricación se utilice chapa de espesor superior a 0,5 milímetros, joyería y relojería, fontanería, instalaciones eléctricas y otras actividades complementarias de la construcción, tendidos de líneas de conducción de energía, tendidos de cables y redes telefónicas, señalización y electrificación de ferrocarriles, industrias de óptica y mecánica de precisión, recuperación y reciclaje de materias primas secundarias metálicas, fabricación o manipulación de circuitos impresos y de fibra óptica, así como aquellas actividades, específicas y/o complementarias, relativas a las infraestructuras tecnológicas y equipos de la información y las telecomunicaciones.

Estarán igualmente afectadas todas aquellas actividades, nuevas o tradicionales, afines o similares a las incluidas en los apartados anteriores del presente artículo.

Se excluyen las empresas a las que por razón de sus características especiales les sea de aplicación una norma o reglamentación específica distinta de la presente, así como aquellas que cuenten con un convenio particular de empresa.

1.2. Ámbito personal. El presente Convenio afectará a todos los trabajadores, sea cual sea su categoría profesional, que durante su vigencia, presten sus servicios bajo la dependencia y por cuenta de las empresas afectadas sin más excepciones que las establecidas por la Ley. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación vigente, a los trabajadores que trabajen en el ámbito territorial de este Convenio Colectivo se les aplicará como mínimo el presente Convenio".

Las tablas salariales para el año 2010 se contienen en el Anexo 1 de la Resolución de 26 de mayo de 2010 (folios 440 a 442, por reproducidos), 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 de junio de 2010.

Vigésimo.-En el BOE nº 82, de 4 de abril de 2009 se publicó el XVI Convenio Colectivo Estatal de Empresas de consultoría y estudios de mercados y de la opinión pública, de obligada observancia, según su artículo primero, por las empresas de servicios de informática que vinieran rigiéndose por el XV Convenio de Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas y Contable.

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

Vigésimo segundo.-Se agotó la vía previa, presentándose papeleta conciliación por el trabajador en el CMAC de Huelva el día 28 de septiembre 2010, intentándose el acto, sin avenencia, el 20 de octubre de 2010.

El 30 de septiembre de 2010 el actor interpuso reclamación previa SAS, que no consta fuera expresamente contestada.

La demanda origen de la litis fue presentada en el Decanato de los de esta sede con fecha 2 de noviembre de 2010. "



**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., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS DIASOFT-NOVASOFT-SADIEL y por D. JUAN MIGUEL NUÑEZ CORBI.

## 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 16º; 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 87 trabajadores hubo una "sucesión de plantillas".

Se añade que jamás, salvo una extensísima motivación, a un testimonio puede otorgársele tanto valor como para obviar los hechos que literalmente constan en un documento, en nuestro caso, en tomos.

**SEGUNDO.-** La recurrente pretende la revisión del HP DECIMOSEXTO para que se adicione un párrafo que diga: "La UTE ha contratado a 70 de 87 técnicos del SAS, que venían prestando servicios para las codemandadas INDRA y AGRUPACIÓN AMS, de los cuales 33 de 39 procedentes de Grupo AMS. De los 7 trabajadores que para esta última prestaban servicios en Huelva, cuatro lo hacen actualmente en la UTE "

Lo apoya en el doc. de los f. 833, 811 a 820.

Se accede ya que lo que se pretende adicionar es esencial al sentido del fallo y además es notorio tal hecho, tanto como que en causas precedentes nadie cuestionó el hecho que de un total de 87 técnicos en la CCAA, -no del SAS, sino de GRUPO AMS- 70 son subrogados por la UTE, siendo indiferente cuantos procedían originariamente de Grupo AMS y cuales de SINFORRED (vid. HP 4º). Además se corrige el error fáctico del párrafo sexto del FDº 8º. El último párrafo que se pretende adicionar se relata en parte en el HP 10º in fine.

**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 8º "soporte continuo para todos los centros", 9º "DIRAYA", 10º "servicios de soporte continuo para todos los centros", 15º "adjudicatarios de los sistemas de información en los centros...que veníamos prestando", 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" y 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 sumada 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, 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, y 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, de la que depende toda la atención sanitaria de la CC.AA. Andaluza.

El elemento objetivo, -que es aquí también cuestionado, como aduce el impugnante INDRA al f. 9 y 10 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) y 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 los trabajadores menos cualificados. 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 la 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 3 de Huelva en sus autos núm. 1.182/10, en los que el recurrente fue codemandado, junto a INDRA SISTEMAS S.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS DIASOFT-NOVASOFT-SADIEL, SAS, por D. Baldomero , 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. Baldomero 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. Baldomero en su puesto de trabajo o le abone una indemnización ascendente a CATORCE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO EUROS CON NOVENTA Y SEIS CÉNTIMOS (14.978,96), 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 3293 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 4052-0000-35-3293-11, 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 viniere 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ