



Roj: **STSJ AND 3830/2012 - ECLI:ES:TSJAND:2012:3830**

Id Cendoj: **41091340012012101458**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **10/05/2012**

Nº de Recurso: **150/2012**

Nº de Resolución: **1484/2012**

Procedimiento: **SOCIAL**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso.- 0150/12(L), sent.1484 /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 lltmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 1484 /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 1 de Huelva en sus autos núm. 1191/10; 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. Gabriel , en demanda de despido, se celebró el juicio y el 24 de enero 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 demandante, Don Gabriel , con DNI NUM000 , prestó sus servicios profesionales para la empresa Sinfored, S.L., desde el 10 de mayo de 2004 hasta el 31 de julio de 2006 y desde el 1 de agosto de 2006 para la entidad codemandada Agrupación Empresas Automatismos Montajes y Servicios, S.L. (en adelante ,Grupo AMS), habiendo suscrito el 1 de noviembre de 2006 , un contrato de trabajo de duración determinada, para obra o servicio definido como " Técnico de soporte a las aplicaciones de los sistemas de



información en el centro de distrito, centro de salud y centros de urgencias del SAS en la provincia de Huelva según Proyecto Odisea para Indra", en el que figura que el nivel de estudios terminados del demandante era Ingeniero Técnico Informático, estipulándose que prestaría servicios como Técnico Informático, incluido en el grupo profesional/categoría/nivel de Auxiliar Técnico Organización y devengando un salario bruto anual, en computo anual ascendente a 48,27€. En la cláusula 7ª se pactó que al contrato suscrito le será de aplicación lo dispuesto en el Convenio Colectivo de Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla. Se dan por reproducidos los recibos de salarios que obra en el ramo de prueba de la parte actora.

SEGUNDO. Los trabajos del demandante consistían en el asesoramiento y mantenimiento del servicio de informática propiedad del SAS en los Centros de Salud de Huelva-Costa. El 10 de noviembre de 2005 fue expedido por el Director de la Agrupación Huelva Costa de la Conserjería de Salud de la Junta de Andalucía, por un periodo de validez de cinco años, una tarjeta de identidad a nombre del actor, en el que figuraba como puesto de trabajo "Técnico Informática".

TERCERO. Grupo ASM comenzó sus operaciones el 2 de diciembre de 2005, con domicilio en Mairena del Aljarafe (Sevilla) , teniendo como objeto social " El suministro, instalación, mantenimiento de instalaciones eléctricas, informáticas, telefónicas, de seguridad, control de acceso y megafonía, así como todo tipo de actividades que sean complementadas, 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 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. Quedan expresamente excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la ley exija requisitos especiales, en tanto no queden cumplidos por esta Sociedad".

CUARTO. Grupo ASM absorbió con efectos de 1 de enero de 2006, a seis sociedades, entre las que se encontraba Sinfored, S.L.U. , con disolución de éstas últimas, sin que existiera aumento del capital social de aquella ni relación de canje alguna, puesto que antes de la fusión la Sociedad absorbente era el socio único de cada una de las sociedades absorbidas.

QUINTO. El 2 de marzo de 2006 el Servicio Andaluz de Salud, sacó a concurso, por un periodo de dos años, la prestación de servicios para el soporte a las aplicaciones de los sistemas de información corporativos en los Centros de Distrito, Centros de Salud, y Centros de Urgencias del Servicio Andaluz de Salud.

SEXTO. Indra Sistemas, S.A. en fecha 23 de junio de 2006 fue adjudicataria del concurso, habiéndose acordado el 26 de junio de 2008 prorrogar el plazo de ejecución por un periodo de dos años más, incluyendo una cláusula adicional que se da por reproducida.

Se dan por transcritos el contrato de 27 de junio de 2006, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas al obrar unido a los autos. En la cláusula 8.1.6 del Pliego de Prescripciones se estipuló que "El contratista quedara obligado, con respecto al personal que emplee en la realización del objeto del contrato, al cumplimiento de las disposiciones en materia de Legislación Laboral y de Seguridad Social vigentes durante la ejecución del contrato".

SÉPTIMO. Con fecha 27 de julio de 2006 se celebró un Acuerdo Marco de prestación de servicios de consultoría, asesoramiento, y/o soporte, tanto técnico como administrativo con Indra Sistemas. S.A. y Agrupación Empresas Automatismos, Montajes y Servicios, S.L. , con una duración anual, prorrogable tácitamente por anualidades sucesivas , por medio del cual ésta se obliga a la prestación de los servicios que aquella o las empresas del Grupo Indra (Grupo de Empresas Indra Sistemas S.A.) puedan solicitarle, a través de las correspondientes Peticiones de Servicios , pactándose expresamente que " queda a voluntad de Indra la realización o no de dichas peticiones de Servicios, así como el número de las mismas". En dicho contrato, que obra en autos y se da por reproducido, se pactó en la cláusula 4ª que:

"La prestación de servicios por el proveedor podrá realizarse en sus locales y con sus propios medios, o 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. (...) "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" (...) "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 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".

El precio de los servicios contratados, según cláusula 5a comprenderá, entre otros, mano de obra auxiliar de cualquier tipo y concepto, medios auxiliares y materiales de cualquier clase, transporte del proveedor de todo tipo (personal, equipos, etc), máquinas y equipos para el desarrollo de su actividad, gastos de administración y dirección, incluidas cargas sociales y formación técnica específica del personal empleado en el desarrollo y cumplimiento de los servicios.

En la cláusula séptima se pactó que:

"El proveedor prestará los servicios con personal propio de plantilla" (...) "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 destinara 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 (...).

OCTAVO. Por resolución de 2 de septiembre de 2010 del Servicio Andaluz de Salud, se adjudica a la UTE Sadiel, Novasofi y Diasoft, S.L., los servicios de soporte de los Sistemas de Información en los Centros de Atención Primaria del Servicio Andaluz de Salud, dándose igualmente por reproducidos el Pliego de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas, que consta en autos. En la estipulación 9.16 del Pliego de Cláusulas Administrativas se contenía la obligación del adjudicatario "con respecto al personal que emplee en la realización del objeto del contrato, al 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".

NOVENO. El 6 de septiembre de 2010 Indra Sistemas, S.A. remite burofax a Grupo AMS, entregado el 7 de septiembre, comunicándosele que la fecha de finalización de los servicios de soporte que viene prestando para el proyecto Solera finalizará el 15 de septiembre de 2010

DÉCIMO. Grupo AMS entregó al actor carta entregada el 15 de septiembre de 2010, del siguiente tenor literal:



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 Servicio 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 respetan 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 ".

DÉCIMO PRIMERO. El 23 de septiembre de 2010 Grupo ASM le entrega a la UTE de burofax, en el que le comunica" que como adjudicatario del Servicio de Soporte de los Sistemas de Información en los Centros de Atención Primada 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", le relaciona un total de 39 trabajadores con especificación de su categorías, antigüedades, DNI, NASS y tipos de contrato.

DÉCIMO SEGUNDO. Agrupación Empresas Automatismos, Montajes y Servicios, S.L. tenía destinados 7 trabajadores para prestar los servicios contratados con Indra Sistemas, S.A. en Huelva. Dichos trabajadores estaban coordinados por un supervisor de AMS. El actor acudía a Indra Sistemas para recibir indicaciones de carácter técnico , disponiendo de una tarjeta de acreditación de Indra Sevilla. Además Indra Sistemas, S.A. disponía de 2 Coordinadores en Sevilla. Cuatro trabajadores del Grupo ASM Huelva han pasado a prestar servicios para la UTE, y los otros tres han interpuesto demandas por despido, que turnadas han correspondido a cada uno de los tres Juzgados de lo Social de Huelva.

DÉCIMO TERCERO. El 15 de septiembre de 2010 el actor mantuvo una entrevista con el responsable de recursos humanos de la UTE, al objeto de ofrecerle prestar servicios a partir del día siguiente, conservando la misma retribución, lo que fue rechazado por el actor ,al ofrecerle cubrir los centros de salud de la parte norte de la provincia de Huelva y perder la antigüedad.

DÉCIMO CUARTO. La UTE ha contratado a 70 trabajadores procedentes de Agrupación Empresas Automatismos, Montajes y Servicios, S.L. y de Indra Sistemas, S.A., de un total de 87. Cuenta en la actualidad con una plantilla de 124 empleados, de los cuales 24 son Técnicos que desarrollan aplicaciones informáticas.

DÉCIMO QUINTO. En el BOP de Huelva de 15 de julio de 2008 se hizo público el Convenio colectivo para el sector de Montajes de la provincia de Huelva ,que 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. Dicho 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 publicaron en el BOP de 25 de mayo de 2010.

DÉCIMO SEXTO. 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 , titulado "Ambito 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 complementadas 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. Ambito 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

DÉCIMO SÉPTIMO. El actor no ostenta ni ha ostentado cargo alguno de representación de los trabajadores.

DÉCIMO OCTAVO. Se agotó correctamente la vía previa, habiéndose presentado papeleta de conciliación el 28 de septiembre de 2010 y reclamación previa el 30 de septiembre de 2010, celebrándose aquél con el resultado de sin avenencia."

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. Gabriel .

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 8º; 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".

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, 2006, referido en el hecho tercero y 2010, 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 contrata 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. 83 y 137.

No se accede ya que lo que se pretende adicionar no son hechos sino conclusiones, que son conjeturas a partir de un párrafo de esos dos folios; por otra parte es redundante ya que en el relato histórico se narra la prestación de servicios para el soporte de a las aplicaciones de los sistemas de información corporativos en los centros (DIRAYA o la historia clínica única digital).

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 2º "asesoramiento y mantenimiento del servicio de informática del SAS en los centros de salud", 5º "prestación de servicios para el soporte de a las aplicaciones de los sistemas de información corporativos en los centros", 8º "servicios de soporte de los sistemas de información en los centros", 11º "adjudicatario del servicio de soporte de los sistemas de información en los centros", 11º "ofrecerle prestar servicios a partir del día siguiente" y 14º "la UTE ha contratado a 70 trabajadores procedentes de Agrupación"- 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, 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 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. 11 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 la provincia de Córdoba, de 11 trabajadores que prestaron servicios para la recurrente, 10 prestan servicios en la entrante en sus mismos puestos - 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 1 de Huelva en sus autos núm. 1.191/10, en los que el recurrente fue codemandado, junto a INDRA SISTEMAS S.A., UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS DIASOFT-NOVASOFT-SADIEL, SAS, por D. Gabriel , 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. Gabriel 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. Gabriel en su puesto de trabajo o le abone una indemnización ascendente a TRECE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO EUROS (13.938€), 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 0150 12 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 4052-0000-35-0150-12, 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.