



Roj: **STSJ AND 4584/2016 - ECLI:ES:TSJAND:2016:4584**

Id Cendoj: **41091340012016101154**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **25/05/2016**

Nº de Recurso: **1692/2015**

Nº de Resolución: **1458/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso.- 1692/15-L, sent. 1458/16

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, MELILLA, CEUTA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTMOS. SRES.:

D^a. M^a ELENA DÍAZ ALONSO

D^a. MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA

D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a veinticinco de Mayo de dos mil dieciseis.

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 1458/16

En los recursos de suplicación interpuestos por SUMINISTROS IMPORTACIONES Y MANTENIMIENTOS ELECTRONICOS S.A. (SERMICRO), representado por el Sr. Letrado D. Roberto Reguera González, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Sevilla en sus autos núm. 0580/13; ha sido Ponente el lltmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado, quien expresa el parecer de esta Sala sobre la resolución que merece el presente recurso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, el recurrente fue demandado junto a SERVINFORM S.A. por D. Luis Pedro , en demanda de despido, se celebró el juicio y el 29 de septiembre de dos mil catorce se dictó sentencia por el referido Juzgado, estimando la pretensión y declarando improcedente el despido y condenando a SERMICRO a que indemnice con 24.522,78 euros, o bien lo readmita y le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de esta sentencia, con las deducciones que procedan, a razón del salario declarado en el párrafo primero del hecho probado primero de la sentencia, y desestimando la demanda interpuesta por el actor contra SERVINFORM S.A., se absolvía a ésta de la pretensión deducida en su contra.

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

"PRIMERO.- Luis Pedro ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa Servinform, S.A. desde el 20 de enero de 2000, en virtud de reiterados contratos de duración determinada, el último suscrito el 18 de



septiembre de 2006, en los periodos que se recogen en el informe de vida laboral -y que suponen un total de 4.381 días, 3.772 días trabajados antes del 12 de febrero de 2012 y 609 días después-, obrante en el ramo de prueba de la parte demandante, que se da por reproducido.

El demandante ostentaba la categoría profesional de oficial segunda administrativo, realizaba jornada de trabajo a tiempo completo y percibía un salario bruto diario ascendente, en cómputo anual, a 47,15 euros -los incentivos del último año ascendieron a 3.794,86 euros, percibiendo el demandante unas retribuciones fijas mensuales ascendentes a 964,7 euros y dos pagas extras anuales por importe de 919,89 euros cada una-.

SEGUNDO.- A instancia de Servinform, S.A. la Inspección de Trabajo le remitió informe, fechado el 26 de febrero de 1998, sobre la procedencia del contrato de obra o servicio determinado en la realización de trabajos para el SAS que obra en los autos como documento núm 1 de la referida codemandada y se da por reproducido.

TERCERO.- El Servicio Andaluz de Salud tiene adjudicado a Informática El Corte Inglés, S.A. (IECISA) el servicio de digitalización de datos de los justificantes de receta electrónica y de las recetas facturadas al SAS por las oficinas de farmacia de Andalucía, habiendo sucrito IECISA contrato con Servinform para la ejecución por ésta del expresado servicio, consistente en la recogida y entrega de recetas en cada provincia, clasificación y control de las mismas, tratamiento (digitalización) y devolución de las recetas. Para ello Serviform aportaba la mano de obra, el local y almacenes precisos, el equipo informático y el transporte necesario, ejecutándose el servicio mediante sucesivas remesas de palets que contenían las recetas.

CUARTO.- El demandante ha venido desempeñando su actividad profesional en el referido servicio que era el que constituía el objeto fijado en los distintos contratos temporales, definiéndose como "lectura de códigos de barras de las recetas médicas del SAS", con delimitación a continuación del mes al que se referían las remesas de recetas, siendo el último contrato aportado el relativo a la remesa de julio de 2006.

QUINTO.- El 15 de enero de 2013 IECISA emitió una nueva oferta para la contratación del servicio referido, en la que indicaba que se ejecutaría en sus propias instalaciones, en San Juan de Aznalfarache, con el equipo informático de la misma, no siendo imprescindible que el adjudicatario del servicio realizara las labores de recogida y entrega de las remesas de recetas y su devolución y almacén, las cuales podrían ser realizadas por otro proveedor.

SEXTO.- El 2 de abril de 2013, IECISA remitió a Servinform correo electrónico por el que le comunica que ante su falta de adaptación a la nueva oferta, no procedería a la renovación del servicio, siendo el último el mes de abril, finalizando con la entrega física de los palets de la actual remesa en las distintas provincias.

SEPTIMO.- El 3 de abril de 2013 IECISA comunicó a Servinform que a partir de la semana siguiente empezarían a recogerle los palets de la remesa actual (febrero) para hacer ellos la entrega en las provincias, así como los scáneres, con sus cables, tarjetas Adrenaline, consumibles, repuestos y las mochilas usb de Kofax Capture (programas informáticos utilizados para la digitalización).

OCTAVO.- Serviform remitió, el mismo día 3 de abril de 2013, email a IECISA, enviándole, según lo comentado, la identidad y número de teléfono del personal al que se podrían dirigir si les fuera de interés para el proyecto, por ser gente que llevaba mucho tiempo y conocían el trabajo mejor que nadie, se dice. Entre dicho personal se incluía al actor.

NOVENO.- Serviform ofreció al demandante continuar en la empresa en un proyecto distinto al de IECISA pero el Sr. Luis Pedro prefirió seguir con el servicio de IECISA en Sermicro.

El 10 de abril de 2013 Servinform comunicó al demandante carta del siguiente tenor: "Mediante la presente se le comunica la extinción del contrato de trabajo por Obras y Servicios que le unía con nuestra empresa, causando baja en la Seguridad Social con fecha 12 de abril de 2013. Le informamos que en este momento ponemos a su disposición, en concepto de indemnización por despido Objetivo, la cantidad de 2.000 euros."

El 12 de abril de 2013, el actor suscribió el finiquito obrante al folio 7, que se da por reproducido, en servicio de brevedad, en el que junto con la liquidación de los distintos conceptos retributivos y vacaciones se incluye la indemnización de 2.000 euros, habiéndose sido satisfecha al trabajador la cantidad total neta que en el mismo figura, ascendente a 3.654,91 euros.

A la finalización de cada uno de los contratos temporales suscritos por el actor con Serviform, la empresa, junto con la liquidación de los distintos conceptos retributivos y vacaciones le vino satisfaciendo una indemnización según consta en los finiquitos suscritos por el actor que obran unidos al ramo de prueba de Serviform como documento núm. 6.

DECIMO.- Sermicro se adjudicó el servicio ofrecido por IECISA e inició su ejecución a primeros del mes de abril de 2013, habiendo contratado, para llevarlo a cabo, a un total de 25 trabajadores, 13 de los cuales habían



estado realizando hasta ese mes el servicio para Serviform que tenía adscritos un total de 17 trabajadores en el mismo. Con carácter previo a dicha contratación, Sermicro ofreció dos puestos de trabajo de digitalizadores, el 4 de marzo de 2013, en su página de Internet, habiendo remitido el demandante su curriculum a Sermicro para una entrevista de trabajo.

UNDECIMO.- El 17 de abril de 2013, el demandante suscribió contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado, con Sermicro para la prestación de servicios, con jornada de trabajo a tiempo parcial, de 1.430 horas al año, como ayudante de operador de fotocopiadora en la realización de la obra IECISA, realizando las funciones de digitalizador de documentos. -Documento núm. 1 de Sermicro-. Las retribuciones percibidas por el actor en los meses de mayo de 2013 a abril de 2014 ascienden a 11.911,18 euros -32,63 euros/día-.

DUODECIMO.- Sermicro lleva a cabo el servicio de digitalización con, al menos, parte del equipo informático y scanner que usaba Serviform, siendo distintos los programas informáticos utilizados. Sermicro ha externalizado el transporte de los palets de recetas.

DECIMO TERCERO.- El demandante no ostentaba la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

DECIMO CUARTO.- El 8 de mayo de 2013, la demandante presentó solicitud de conciliación ante el CMAC frente a Servinform, habiéndose celebrado el acto en la fecha señalada, 17 de mayo de 2013, con el resultado de sin avenencia."

TERCERO.- El demandado SERMICRO recurrieron en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado el recurso por SERVIFORM.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia estimatoria de la pretensión de despido, declarado improcedente y condenado SERMICRO a las consecuencias legales, absolviéndose a SERVIFORM, se alza el codemandado SERMICRO por el cauce del apartado c) del art 193 LRJS denunciando la infracción del art. 53 y 51 , 52 ET con el argumento de que SERVIFORM despide objetivamente al margen de toda forma, con lo que no pueden extenderse las consecuencias al recurrente, absolviéndose al causante de las irregularidades formales. Añade que no hubo sucesión de empresas pues, alega, SERMICRO emplea para el servicio un numero mayor de trabajadores que los 16 identificados por la codemandada SERVIFORM, ni todos provenían de ésta.

SEGUNDO.- Los hechos relevantes al objeto del recurso son:

1. El actor prestaba servicios para la empresa SERVIFORM S.A. desde el 20-1-00 como oficial de 2ª, ocupado en el servicio que dicha empresa tenía contratado con IECISA (Informática El Corte Inglés). Y esta a su vez, adjudicado por el SAS.
2. Tal servicio consistía en la recogida y entrega de las recetas en cada provincia, clasificación y control de las mismas, tratamiento de las recetas (digitalización) y devolución de las recetas.
3. El actor estaba ocupado en la digitalización de las recetas; estando vinculado con la empresa a través de diversos contratos temporales de obra o servicio determinado.
4. SERVIFORM aportaba además de la plantilla, el local y los almacenes precisos, el equipo informático y el transporte necesario. Y empleaba en concreto, para la digitalización de las recetas de IECISA, a 17 trabajadores.
5. En el mes de abril de 2013, IECISA comunicó a SERVIFORM que no procedería a la renovación del servicio, siendo el mes de abril, el último; comunicándole el 3-04-13 que a partir del día 8 empezaría a recogerles los palets de la remesa actual.
6. SERVIFORM comunicó el 10-4-13 al actor la extinción de su contrato el día 12-4-13, y suscribieron un finiquito.
7. En enero de 2013, IECISA había emitido una nueva oferta para la contratación del servicio, que se ejecutaría en sus propias instalaciones y con su equipo informático, no siendo tampoco imprescindible para el adjudicatario, realizar las labores de logística (recogida y entrega de recetas y devolución) y almacén.
8. SERMICRO se adjudica el nuevo servicio e inicia su actividad en abril de 2013, contratando para ello a 23 digitalizadores; 14 de los cuales provenían de la empresa SERVIFORM; entre ellos el hoy actor, que fue contratado el 17-04-13, a través de un contrato por obra o servicio determinado, con la categoría de ayudante y funciones de operados de fotocopiadora.



TERCERO.- El criterio jurisprudencial comunitario se sintetiza en que la contratación de una parte importante de la mano de obra del antecesor en número y competencias será el criterio determinante para decidir si existe o no transmisión.

De esta manera, cabe destacar que el TJUE, al margen de que parece abrazar una noción de empresa "funcional o polivalente", otorga a la plantilla un protagonismo en dos planos diversos, según la jurisprudencia comunitaria citada:

1. Por un lado, con carácter general, la plantilla del predecesor -esto es, el hecho de que el sucesor contrate un número significativo de trabajadores de la plantilla del predecesor- constituye un indicio más de los distintos que debe valorar el juez a lo hora de determinar si estamos o no ante una sucesión y, en consecuencia, aplicar las previsiones normativas propias sobre protección de los derechos de los trabajadores afectados por la misma.

Así se ha procedido en el asunto Watson Rask (STJUE 12-11-1992) en el asunto Merckx (STJUE 7-3-1996) en el asunto Ailen (STJUE 2-12-1999) en el asunto Oy Liikenne (STJUE 25-1-2001) en el asunto Carlito Abler (STJUE 20-11-2003) en el asunto Nurten (STJUE 15-12-2005).

2. Por otro lado, en aquellos sectores en los que las empresas pueden funcionar sin elementos significativos del activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de la entidad no puede depender por definición de tales elementos; en estos casos, si la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica.

Pues bien, si el nuevo empresario no se limita solo a continuar la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencias del personal que su antecesor destinaba a dicha tarea, habrá de entenderse que hay un traspaso de una entidad que mantiene su identidad (vid. asunto Sützen, STJUE de 11 de marzo de 1997).

3. El Tribunal Supremo recibe tal jurisprudencia y matiza fijando que la sucesión de plantillas se caracteriza por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas (SSTS 28-2-13, EDJ 32812 ; 5-3-13 , EDJ 46889):

a) Una empresa contratista o adjudicataria de servicios -empresa entrante- sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades - empresa saliente- por cuenta de un tercero -empresa principal o comitente.

b) Se produce la sucesión de contratos cuando la entidad comitente decide dar por terminada su relación contractual con la empresa saliente, encargando a la empresa entrante servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior.

c) La empresa entrante incorpora al desempeño de los servicios objeto de la contrata a una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la saliente.

d) El activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la mano de obra organizada u organización de trabajo.

En suma, hay sucesión de plantilla cuando la empresa entrante ha asumido una parte cuantitativamente importante de la mano de obra de la anterior siendo lo decisivo en los supuestos de prestación servicios auxiliares -limpieza, vigilancia, información a los clientes de los centros comerciales, etcétera- objeto de transmisión la cualificación y experiencia en el trabajo de la mano de obra, y no los elementos materiales puestos a disposición de la misma para la realización de las funciones encomendadas (SSTS 25-1-06, EDJ 4064 ; 27-2-12 , EDJ 37762) luego si, conforme precedente STSJA Sevilla nº 1397/15 de 21 de mayo , rec 1366/14 , nos encontramos con un supuesto diverso al antes descrito ya que la actividad, que no negamos que es cierto que es la que ya venía realizando SERVINFORM que incluía la recogida y entrega de las recetas en cada provincia, además de la clasificación, el control, tratamiento (digitalización) y devolución de las mismas; pero dicha empresa, y he aquí la diferencia de caso, para la realización del servicio aportaba, amén de los recursos humanos necesarios, el local y almacenes, el equipo informático, y los medios de transporte. Y así figura en el contrato suscrito entre IECISA y SERVINFORM.

Y, el servicio adjudicado a SERMICRO en abril de 2013, según la Oferta, no exigía aportación de equipo informático, se realizaba en las instalaciones de la principal, y tampoco exigía labores de logística (recogida, entrega y devolución de las recetas), y almacén. Con lo que no se puede hablar en puridad, de la misma actividad.



En cuanto a la plantilla empleada en el servicio de digitalización, también hay diferencias dado el objeto del contrato, mientras SERVIFORM había empleado a 17 trabajadores, la empresa entrante contrata a 23; de los cuales, 14 pertenecían a la saliente (el 61%).

Dicho lo cual, reiteramos lo ya dicho en las SSTSJJA Sevilla nº 1397/15 de 21 de mayo, rec 1366/14, y nº 2799/17 de 12 de noviembre, rec 2799/14, que "la actividad contratada no descansa sustancialmente en la utilización de mano de obra, ya que son relevantes los medios materiales, sin perjuicio de que todos o parte de éstos puedan contratarse con el mismo o con distinto proveedor por la empresa principal. Pues, como señala la citada STS de 27-01-15, "lo importante no es el coste de las inversiones en medios materiales sino la necesidad de los mismos, ya que la importancia de los factores que intervienen en la producción no se mide en términos cuantitativos, sino cualitativos, esto es, atendiendo a la necesidad de los mismos para el funcionamiento de la actividad"; necesidad que en este caso es evidente, según se infiere de la lectura del contrato entre IECISA y SERVIFORM. Y ello sin perjuicio de que al tiempo de adjudicar en un momento determinado el servicio el que se refiere dicha actividad, la empresa principal opte por aportar ella misma todos o algunos medios materiales o instalaciones, o el contratar éstos con el mismo o con distinto proveedor. Amen de lo anterior, el número de trabajadores que han sido contratados por la empresa entrante, que pertenecían a la anterior, no representa un número relevante en relación a la plantilla empleada en el servicio, y entiende esta Sala que el simple pase de 14 trabajadores para realizar un servicio que requiere una plantilla de 23, sin la transmisión de ningún otro medio material, no constituye transmisión de una entidad económica, pues difícilmente podría pensarse que estemos ante un conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio. La actividad que estamos analizando necesita de inmuebles, sistemas informáticos, servicio de transportes, etc, para su desarrollo. Y el simple cambio de contratista para una parte del servicio contratado (digitalización), no encaja en el art. 44.2 del ET, ni en el art. 1.1 de la Directiva 2001/23, ya que no se acreditó la transmisión de ese conjunto de medios organizados que permitan llevar a cabo la actividad económica. La simple contratación por la empresa entrante, de 14 trabajadores de la empresa saliente para la realización del nuevo servicio contratado, que se va a realizar con 23 trabajadores, no permite entender, como ha hecho la sentencia recurrida, que exista una unidad productiva autónoma, que mantiene su identidad. Y no existiendo en el Convenio colectivo de aplicación, ni en las condiciones de los contratos suscritos entre las empresas, esa obligación de subrogación, no podemos mantener que haya existido aquí sucesión de plantillas, pues las circunstancias expuestas justifican la inaplicación del art. 44 del ET."

En suma, esta conclusión obliga a estimar el presente recurso, debiendo en consecuencia revocar el fallo de la sentencia recurrida, por cuanto el cese comunicado al actor por la empresa SERVIFORM S.A. con efectos del día 12-04-13, constituye un despido improcedente, tal y como había declarado aquella, pero habida cuenta que su relación laboral había devenido indefinida, por las razones expuestas en el fundamento anterior, no guardando por tanto ya vinculación con el servicio contratado por dicha empresa con IECISA, no estaba justificado el cese por la extinción de la contrata comunicada por esta a su empleadora. Y en consecuencia, de dicho despido, que ha de ser calificado de improcedente, responderá únicamente la empresa SERVIFORM, con las consecuencias legales previstas en el art. 56 del ET y art. 110 de la LRJS, limitando no obstante los salarios de tramitación, en caso de optarse por la readmisión, al período comprendido entre el despido 12-04-13- y el 16-04-13, habida cuenta que a partir del día siguiente, el actor comenzó una nueva prestación de servicios para SERMICRO; absolviendo a dicha empresa de los pedimentos formulados en su contra.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por SUMINISTROS IMPORTACIONES Y MANTENIMIENTOS ELECTRONICOS S.A. (SERMICRO) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Sevilla en sus autos núm. 0580/13, en los que el recurrente fue demandado junto a SERVIFORM S.A. por D. Luis Pedro, en demanda de despido, y como consecuencia revocamos dicha sentencia en el solo sentido de declarar responsable del despido, ya calificado improcedente a SERVIFORM S.A. condenándosele a las consecuencias legales antes dichas; absolviéndose a SERMICRO de las pretensiones objeto de esta causa.

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

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 SERVIFORM S.A. 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 de Santander oficina urbana Jardines de Murillo sita en esta Capital Avda. de Málaga núm. 4, núm. de cuenta 4.052 0000 65 1692 15, 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 de Santander, Oficina urbana Jardines de Murillo, en Sevilla, en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-35- 1692-15, especificando en el documento resguardo de ingreso, campo concepto, que se trata de un "Recurso".

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 veinticinco de Mayo de dos mil dieciséis.-