



Roj: **STS 2082/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2082**

Id Cendoj: **28079149912021100022**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **20/05/2021**

Nº de Recurso: **145/2020**

Nº de Resolución: **563/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 563/2021

Fecha de sentencia: 20/05/2021

Tipo de procedimiento: CASACION

Número del procedimiento: 145/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/05/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Procedencia: T.S.J. MADRID SOCIAL SEC.5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

Transcrito por: MCP

Nota:

CASACION núm.: 145/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 563/2021

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego



D^a. María Luz García Paredes

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 20 de mayo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación ordinario interpuesto por el Letrado D. Julio Manuel Gualda Suárez, en nombre y representación de la entidad mercantil Ferrovial Servicios SA, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 23 de julio de 2019, procedimiento 171/2020, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de la Federación de Industria, Construcción y Agro de UGT (FICA-UGT) contra las empresas Ferrovial Servicios SA y Gestiona Desarrollo de Servicios Integrales SLU, sobre impugnación de despido colectivo.

Ha comparecido en concepto de recurrido la Federación de Industria, Construcción y Agro de UGT (FICA-UGT), representada y asistida por la Letrada D^a Elena Comín Hernández y la empresa Gestiona Desarrollo de Servicios Integrales SLU, representada y asistida por el Letrado D. Pablo Bernal de Pablo Blanco.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada de la Federación de Industria, Construcción y Agro de UGT (FICA-UGT), se presentó demanda de impugnación de despido colectivo, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimó de aplicación terminó suplicando se dictara sentencia mediante la que se declare: "la NULIDAD del despido colectivo efectuado, o subsidiariamente, NO AJUSTADO A DERECHO, condenando a las demandadas a la readmisión de todos los trabajadores despedidos en las mismas condiciones que regían con anterioridad al mismo o al abono de la máxima indemnización que en Derecho les corresponda, abonándoles los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta su efectiva readmisión."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- En fecha 23 de julio de 2019 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimamos la demanda interpuesta por la representación letrada de UGT- FICA contra GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES SLU y FERROVIAL SERVICIOS SA, en reclamación por DESPIDO COLECTIVO, y declaramos nula la decisión extintiva efectuada por FERROVIAL SERVICIOS SA y el derecho de los trabajadores afectados a la incorporación a su puesto de trabajo en FERROVIAL SERVICIOS SA de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de la LRJS.

Se absuelve a GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES SLU."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Los trabajadores afectados por el despido que da origen a los autos asciende a un total de 45 (Hecho 2º de la demanda, no controvertido), que suponen la totalidad de la plantilla que venían prestando servicios para la codemandada FERROVIAL SERVICIOS SA (en adelante FERROVIAL) en el servicio denominado "Mantenimiento de la Universidad Autónoma de Madrid y del Servicio de Operación y Mantenimiento de la Estación de Aguas Residuales", que abarca una superficie aproximada de 380.000 m2, agrupados en 38 edificios propiedad de la UAM, distribuidos en los Campus a que refiere el hecho 1º de la demanda. En los distintos edificios donde se realiza el servicio existen alrededor de 3000 unidades de maquinaria a mantener (hecho no controvertido).

SEGUNDO.- Con fecha 24 de enero de 2020 FERROVIAL SERVICIOS SA comunica por escrito a 45 trabajadores que con fecha de efectos 27 de enero de 2020 finaliza el contrato de la mercantil con la UAM resultando la nueva adjudataria del servicio la mercantil GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES SL (hecho no controvertido).



Se les comunica asimismo que la nueva adjudicataria habrá de subrogarse en los derechos y obligaciones para con ellos, debiendo personarse en su puesto de trabajo el 28 de enero de 2020, procediendo a dar de baja a los trabajadores en la empresa por subrogación (Documental aportada por la demandante en el acto de a vista que se tiene por reproducida (hecho no controvertido-).

TERCERO.- FERROVIAL ha prestado servicios para la UAM desde el 1 de enero de 2015 (expediente administrativo A/3/15) al haberse adjudicado el 26 de noviembre de 2014 el servicio anteriormente referido, con sucesivas prórrogas hasta el 27 de enero de 2020, en que se hizo cargo de la referida prestación de servicios GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES SL (hecho no controvertido).

CUARTO.- Con carácter previo a la adjudicación del servicio a GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES SL, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) y sus Anexos, por los que se había de regir el expediente de contratación "Servicio de mantenimiento correctivo y preventivo de la Universidad Autónoma de Madrid y para el servicio de operación y mantenimiento de la estación depuradora de aguas residuales", número de expediente: A-5/19, establecía en su Clausula 11, en relación al personal a cargo del contratista, lo siguiente; "(...) El contratista está obligado a cumplir las condiciones salariales de sus trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación. (...). El contratista deberá, en su caso, hacerse cargo del personal procedente de la anterior contrata, en los términos y condiciones que se determinen en las normas y convenios en vigor que le sean aplicables.

La información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación se incluirá, en su caso, en el Pliego de Prescripciones Técnicas, dicha información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el artículo 130 de la LCSP .

(...)

Por otro lado, el apartado 7.5.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) señalaba:

"La Empresa adjudicataria deberá dedicar a la Universidad con carácter permanente, asistencia diaria y dedicación plena, el personal subrogable que se distribuye por especialidades tal y como aparece en el listado que se adjunta en el anexo 2 del presente Pliego de Características Técnicas Particulares. En dicho anexo de personal subrogable se detallan, además, las antigüedades y tipo de contrato de cada uno. A los salarios de convenio, según la categoría indicada, hay que incluir los complementos salariales en los casos que aplique.

Los importes indicados son por mes/paga. El convenio colectivo de aplicación es el Convenio Colectivo de la Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid, con la particularidad de que para las bajas de ITT y accidentes laborales se les complementan los salarios al 100%, según acuerdo firmado con los trabajadores ".

El Anexo 2 del PPT refería al "listado de personal que desempeña estos trabajos en la actualidad", indicando categoría profesional, especialidad, antigüedad y condiciones salariales de los trabajadores que están prestando el servicio en la actualidad.

La Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (AMI) interpuso recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública, contra el referido pliego de cláusulas Administrativas Particulares, de prescripciones técnicas y sus anexos, que regían el expediente de contratación, dictándose resolución n° 354/2018 de fecha 8 de noviembre de 2018, dictada en el recurso n° 348/2018 en el que se acordó:

"Estimar el recurso formulado por JH.A., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (AMI) contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de Prescripciones Técnicas y sus Anexos, por los que se han de regir el expediente de contratación "Servicio de mantenimiento correctivo y preventivo de la Universidad Autónoma de Madrid y para el servicio de operación y mantenimiento de la estación depuradora de aguas residuales", número de expediente: A-5/19, declarando la nulidad del apartado 7.5.3 del PPT y su Anexo 2, en cuanto se refieren a la obligación de subrogación del personal que viene prestando el servicio en la actualidad, debiendo modificarse los pliegos y conceder nuevo plazo para la presentación de ofertas ".(Documento n° 1 de los aportados por GESTIONA).

Interpuesto frente al mismo por el sindicato UGT-FICA (FEDERACION DE INDUSTRIA, CONSTRUCCION Y AGRO DE UGT) recurso contencioso-administrativo, la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJ de Madrid, dictó sentencia desestimatoria, en la que en su Fundamento de Derecho Cuarto razonaba del modo que sigue "En orden al fondo, ha de confirmarse la resolución impugnada, amparada ya por la doctrina en efecto sentada por ese mismo Tribunal (en su Resolución 235/2016 de 2 de noviembre en la que se señalaba: "que la subrogación del personal es una cuestión que corresponde al ámbito laboral y sobre la que no cabe establecer obligaciones

autónomas en los pliegos), como por esta Sala y Sección, a tenor de la doctrina que por seguridad jurídica e unidad de doctrina se reitera a continuación:

"El artículo 104 de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público, introdujo por primera vez la exigencia de subrogación del personal que presta el servicio, actualmente recogida en idénticos términos en el artículo 120 del TRLCSP ("En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste").

Son los convenios colectivos de determinados sectores de actividad los que incluyen entre sus previsiones que, al término de la contrata, el personal de la empresa saliente pasará a estar adscrito a la nueva empresa, quién deberá subrogarse en todos los derechos y obligaciones que tuvieran reconocidos en la anterior empresa. Por tanto, son las normas laborales y los convenios colectivos los que establecen dicha obligación de subrogación y no la legislación contractual, que se limita a establecer una obligación de información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte dicha medida, con la finalidad de que los licitadores puedan evaluar sus costes laborales. Es decir, el futuro licitador debe conocer la totalidad de obligaciones que asume en caso de resultar adjudicatario del contrato, que, son, no solo el propiamente objeto del contrato, sino también aquellas que proceden de otras normas distintas de la legislación contractual. Información a los licitadores que se puede llevar a cabo en el propio pliego o en la documentación complementaria. Por tanto, la inclusión de la cláusula de subrogación del personal que presta el servicio ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente (Estatuto de los Trabajadores y Convenio Colectivo Estatal de Jardinería 2015-2016) aun cuando los Pliegos nada establecieran al respecto".

Por tanto, la defensa del sindicato recurrente no es válida ya que queda probado y no se discute que el convenio colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal, suscrito por la Asociación de Empresarios del Comercio e Industria del Metal de Madrid (AECIM), UGT y CC OO (código número 28003715011982) y publicado en el BOCM de 2 de enero de 2016, no contiene una previsión de subrogación por lo que hay que concluir que la información incluida en la cláusula 7.5.3 del PPT y el listado incluido en el Anexo 2 resultan improcedentes y equívocas pues si bien no dicen expresamente que exista la obligación de subrogación convencional, incluyen la referencia al personal que actualmente presta servicio como personal subrogable, indicando además las condiciones en que debe realizarse esa subrogación.

Por todo ello no siendo posible establecer en los Pliegos la obligación de subrogación del personal que viniera desempeñando las labores objeto del contrato a licitar, y no estando prevista en este caso la subrogación en el convenio colectivo de aplicación procede desestimar el recurso confirmando la resolución administrativa recurrida". (Documento nº 3 de la prueba de GESTIONA).

CUARTO.- La UAM licitó nuevo concurso - A 24/19- en cuyo pliego de prescripciones técnicas para la contratación del servicio de mantenimiento integral de la Universidad Autónoma de Madrid para el servicio de operación y mantenimiento de la estación depuradora de aguas residuales aprobado el 26 de julio de 2019, en su cláusula 2, establecía el objetivo del servicio a contratar en los edificios, zonas exteriores, equipos e instalaciones de la UAM "la consecución del mejor estado y conservación de sus partes y elementos componentes, facilitar la obtención de funciones y prestaciones que deben cumplir, asegurar el funcionamiento continuo y eficaz de las instalaciones minimizando las posibles paradas como consecuencia de averías, adecuar las instalaciones a las necesidades actuales manteniendo un correcto y aceptable equilibrio entre las prestaciones que proporcionan y su coste". (PPT- Exp.A 24/19 Documental remitida por la UAM).

La responsabilidad de la adjudicataria en lo que interesa, alcanza "a la administración del servicio de mantenimiento y conservación de los equipos e instalaciones, ejerciéndose la dirección por parte de sus servicios Técnicos, apoyados por personal administrativo en Oficina y dirigido por un Técnico especializado en mantenimiento y explotación de instalaciones, el cuál dispondrá en la Universidad de un lugar de trabajo, y cuyo horario de trabajo será conforme a lo fijado en la normativa laboral vigente...

Puesta en marcha de toda la mecánica operativa, estableciéndose procesos, definición y preparación de recursos, etc ...

... facilitar a la Dirección de Infraestructuras, los partes diarios de incidencias y llevar al día las fichas de averías y operaciones".



Introducción de los datos de las intervenciones en el sistema informático de gestión de la Dirección de Infraestructuras en menos de 24 horas después del cierre del parte de trabajo por los técnicos; deben registrarse datos relativos al menos de: tiempo de mano de obra, costes de los materiales y tiempo total de reparación, así como toda la información que se considere relevante sobre el trabajo realizado.

(Cláusula 6. Puntos 1.3 y 4 del PPT/Documental remitida por la UAM).

Para la ejecución de los trabajos objeto de la contratación la adjudicataria emplea:

"- Personal propio, con plena dedicación, que según las necesidades del servicio se desplazará a cualquiera de los centros dependientes de la UAM.

Dicho personal deberá rotar por los distintos centros según las necesidades de la UAM, con el fin de adquirir un mayor conocimiento de todas las instalaciones existentes para poder cubrir todas las necesidades y atender ausencias en caso de, vacaciones, enfermedad, etc.

-Personal propio, que de forma esporádica podrá intervenir en el caso de que se presenten incidencias que así lo exijan, o de manera periódica para suplementar turnos, guardias, etc.

-Personal ajeno, que la adjudicataria podrá subcontratar a otras Empresas de sectores especializados, para ejecutar trabajos que requieren la prestación de técnicos especialistas específicos.

-Personal ajeno, que la adjudicataria podrá subcontratar a otras Empresas de sectores especializados, para ejecutar trabajos que requieren la prestación de técnicos especialistas específicos".

"La subcontratación de cualquier trabajo que no esté específicamente recogido en este pliego, deberá contar con la autorización de la UAM". (Cláusula 7. Puntos 2.3-PPT/documental remitida por UAM).

En cuanto a los materiales necesarios para la ejecución de la contrata se establece una triple consideración:

"-Materiales propios de equipos o instalaciones: serán todos aquellos que ocupando un lugar permanente en un área, equipo o instalación sea necesario sustituirlos por deterioro, envejecimiento, desgaste, rotura o incorrecto funcionamiento.

-Materiales de mantenimiento propiamente dicho: serán por un lado todos aquellos materiales de uso continuado en las labores propias de mantenimiento.

-Materiales fungibles: Comprenderán, aunque no están limitados, los siguientes:

Filtros de todo tipo, aceite, aguas.

Aceites y grasa de todo tipo, cárter, refrigerantes de añadido.

Refrigerantes de todo tipo.

Anticongelantes

Reposición de Freón y/o gases de compresión

Masillas, siliconas, pegamentos

Tornillería...

Estopas, cinta de teflón

Pinturas de retoque de máquinas

Rodamientos

Pilotos

Quedan excluidos como fungibles los repuestos de iluminación.

Los materiales propios de equipos o instalaciones y los de mantenimiento propiamente dicho serán aportados por la Universidad, previa petición del mismo, estableciéndose el debido control respecto de los materiales facilitados.

Los materiales fungibles serán suministrados y puestos en servicio por la adjudicataria y correrán por su cuenta y coste, independientemente de cual sea dicho coste y el número de veces que haya que suministrarlos.

En caso de urgente necesidad, la Dirección de Infraestructuras podrá solicitar a la empresa adjudicataria, material necesario para la ejecución de un determinado trabajo si no se dispone de mismo en el almacén general de la Universidad.



Será responsabilidad de la empresa adjudicataria, eliminar y/o reciclar los productos no biodegradables una vez usados (aceites, freón, etc) de acuerdo con la legislación vigente, así como los residuos normales de la actividad, para lo cual dispondrá de los correspondientes contenedores ". (Cláusula 7.apartado 2. 4 PPT/ Documental remitida por la UAM).

Se establece asimismo que "La Empresa adjudicataria deberá dotar a su personal de toda la herramienta necesaria acorde con las diversas especialidades o gremios profesionales, así como de los equipos de medida, control, analizadores, etc., con el fin de ejecutar sus tareas con la mayor eficacia. La herramienta de mano y demás medios materiales y auxiliares a emplear por los operarios se suministrará por la empresa en un plazo inferior a una semana después de la firma del contrato (Cláusula 7.2.12 PPT/Documental aportada por la UAM).

La dirección de infraestructuras de la UAM pone a disposición de la empresa adjudicataria local para almacén, taller, vestuarios y oficinas, si bien esta no adquirirá ningún derecho sobre los mismos, debiendo abandonarlos el mismo día en que se dé por finalizada la relación que en base a la contratación se establezca entre ambos. La Empresa adjudicataria se responsabiliza de mantener dichos locales aseados, prestando especial atención a vestuarios y oficinas, para lo que contratará el servicio de limpieza necesario. (Cláusula 7.apartado 2.15 PPT/ Documental remitido por la UAM)

La adjudicataria aporta medios auxiliares según establece la cláusula 7.4 del PPT que a modo de ejemplo serían "2 furgonetas pequeñas tipo Kangoo o similar, 2 furgonetas Grandes tipo Renault Trafic o similar, UNA HORMIGONERA; un dumper; una maquina hidrolimpiadora de más de 150 bar; un grupo electrógeno portátil de 35 KW; un analizador electrónico de humos de combustión; 2 grupos portátiles de soldadura eléctrica y autógena (PPT y testifical).

En cuanto a las obligaciones de carácter laboral se establece que:

"7.3.- Relaciones y obligaciones de carácter laboral

7.3.1. La Empresa adjudicataria queda obligada a que todo el personal propio o ajeno, que emplee para la ejecución de los trabajos contratados, esté afiliado a la Seguridad Social, obligándose asimismo a cumplir con dicho personal toda la legislación laboral vigente.

Todos los gastos de carácter social, así como los relativos a tributos del referido personal serán por cuenta de la adjudicataria.

De acuerdo con la legislación vigente en materia de seguridad y salud laboral, la empresa realizará reconocimientos médicos periódicos a sus trabajadores, presentará el mapa de riesgos de puestos de trabajo y dispondrá de un sistema de gestión de riesgos laborales.

Será exigible a la adjudicataria para la liquidación mensual de sus servicios, la demostración documental de estar al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social correspondientes al personal que disponga al servicio de la Universidad" (cláusula 7.3.1 PPT/Documental remitido por la UAM).

El pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación de servicios por la UAM, mediante procedimiento abierto, establecía en su cláusula 11 (expediente a-24/19/ Documental aportada por la UAM) "El contratista deberá, en su caso, hacerse cargo del personal procedente de la anterior contrata, en los términos y condiciones que se determinen en las normas y convenios en vigor que le sean aplicables. La información sobre las condiciones de trabajo de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación se incluirá, en su caso, en el Pliego de Prescripciones Técnicas ", dicha información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el artículo 130 de la LCSP .

Sin perjuicio de la aplicación en su caso de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajador , aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el contratista tiene la obligación de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por la subrogación, así como de las cotizaciones a la seguridad social devengadas , aun en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos que sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último.

El contratista deberá aportar, en cada momento que se solicite, una detallada relación de personal que prestara, a su cargo, sus actividades laborales en las dependencias de la Universidad, con indicación de sus datos personales y cualificación profesional".

TERCERO.- El desarrollo operativo del servicio que se presta es de varios tipos: preventivo, correctivo, técnico legal, higiénico sanitaria, regulación y vigilancia, que vienen desarrolladas a partir de la Cláusula 7.2 del PPT/ documental remitida por la UAM y testifical).



CUARTO.- Cualquier incidencia debe ser puesta en conocimiento de la UAM a través de un formulario habilitado al efecto en la web de la UAM que se pone a disposición de la contratista

"www.uam.es/servicios/mantenimiento" facilitándose las claves de acceso. (Clausula 7.1 PPT / Documental remitida por la UAM).

Asimismo la UAM pone a disposición de la adjudicataria el programa GMAO (PRISMA), cuyo coste de mantenimiento es asumido por la contratista; en el mismo se insertan anotaciones tanto de los trabajos que se realizan como del material utilizado (clausula 7.1 PPT/Documental aportada por la UAM y testifical).

QUINTO.- La contratista tiene obligación de tener un servicio de *call center* con disponibilidad de 24h los 365 días al año para incidencias urgentes asociándose un número de la UAM para prestar este servicio el nº "2400". (Clausula 7.1 PPT/Documental remitido por la UAM).

SEXTO.- LA UAM facilita a la contratista locales para ser utilizados como almacén, taller, vestuarios y oficinas (clausula 7.2.15 PPT/Documental remitido por la UAM).

SEPTIMO.- La empresa adjudicataria de la contrata designa a un responsable técnico que actúa como representante y único interlocutor válido ante la UAM (Clausula 7.5 PPT/Documental remitida por la UAM)."

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación letrada de Ferrovial Servicios SA, siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de interesar la desestimación del recurso. Por providencia de fecha 16 de marzo de 2021, y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, convocándose a todos los Magistrados de esta Sala y señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 19 de mayo de 2021, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión controvertida radica en determinar si se produjo una sucesión empresarial en la contrata de mantenimiento de la Universidad Autónoma de Madrid (en adelante UAM) y del servicio de operación y mantenimiento de la estación de aguas residuales de esa Universidad.

1) La empresa Ferrovial Servicios SA (en adelante Ferrovial) fue adjudicataria de la contrata de mantenimiento de la UAM desde el 1 de enero de 2015 hasta el 27 de enero de 2020, fecha en que se hizo cargo de dicho mantenimiento la nueva adjudicataria: Gestiona Desarrollo de Servicios Integrales SL (en adelante Gestiona).

2) Ferrovial comunicó por escrito a los 45 trabajadores que prestaban servicios en dicha contrata que, con fecha de efectos 27 de enero de 2020, finalizaba dicho contrato mercantil y la nueva adjudicataria tenía que subrogarse en sus derechos y obligaciones.

3) La empresa Gestiona no se subrogó en sus relaciones laborales.

4) La Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (FICA-UGT) interpuso demanda de despido colectivo contra Ferrovial y Gestiona.

2.- La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 23 de julio de 2019, procedimiento 171/2020, estimó la demanda, declaró nulo el despido colectivo, absolvió a la nueva adjudicataria: Gestiona y condenó a la anterior adjudicataria: Ferrovial.

El Tribunal Superior de Justicia niega la sucesión empresarial argumentando que la adjudicataria de la contrata solamente debe aportar los materiales fungibles y los elementos auxiliares, sin que se haya probado que la contratista saliente haya transmitido esos medios materiales a la contratista entrante, por lo que considera que no concurre el elemento necesario consistente en la entrega de activos patrimoniales.

3.- Contra la sentencia de instancia recurre en casación ordinaria la empresa Ferrovial, formulando seis motivos al amparo del art. 207.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) en los que solicita la revisión del relato histórico de instancia; y un motivo sustentado en el art. 207.e) de la LRJS, en el que denuncia la infracción del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) y de la Directiva 2001/23, alegando que la transmisión de activos patrimoniales entre la contrata saliente y la entrante supone que existió una sucesión empresarial. Por ello, solicita que se condene a la nueva adjudicataria: Gestiona.

4.- FICA-UGT presentó escrito de impugnación del recurso en el que se manifestó a favor de la existencia de una sucesión empresarial.



La empresa Gestiona presentó escrito de impugnación del recurso combatiendo los motivos de casación y solicitando la confirmación de la sentencia de instancia.

El Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso de casación.

SEGUNDO.- Los requisitos de la revisión fáctica casacional son los siguientes:

"a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia" (sentencia del TS de 19 de febrero de 2020, recurso 169/2018, y las citadas en ella). Además, "la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento de que se trate tiene "una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas" [...] Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor. En definitiva, no puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador *a quo* ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario [...] en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (sentencias del TS de 6 de junio de 2012, recurso 166/2011; 19 de febrero de 2020, recurso 183/2018 y 17 de marzo de 2020, recurso 136/2018, entre otras muchas).

TERCERO.- 1.- La sentencia recurrida, debido a un lapsus calami, tiene tres hechos probados cuartos. Es decir, tres hechos que aparecen numerados con el mismo ordinal cuarto. En adelante nos referiremos al primer hecho probado cuarto, al segundo hecho probado cuarto y al tercer hecho probado cuarto de la sentencia de instancia.

2.- En primer lugar, la parte recurrente solicita la revisión del tercer hecho probado cuarto de la sentencia recurrida. En ese ordinal consta que las incidencias en la prestación del servicio por parte de la contratista deben ser puestas en conocimiento de la UAM a través de un formulario habilitado en su web; así como que la Universidad pone a disposición de la adjudicataria el programa Gestión de Mantenimiento Asistido por Ordenador (GMAO, llamado PRISMA), cuyo coste de mantenimiento es asumido por la contratista, en el que se insertan anotaciones de los trabajos que se realizan y del material utilizado.

3.- La parte recurrente pretende añadir una mención expresa a los expedientes de la UAM A3/15 y A24/19, así como que el programa de gestión de mantenimiento se puso a disposición tanto de Ferrovial como de Gestiona, debiendo asumir el coste de las licencias y mantenimiento y teniendo que registrar el tiempo de mano de obra, coste de materiales y tiempo total de reparación, así como cualquier otro dato relevante sobre el trabajo.

Esta parte procesal fundamenta su pretensión revisora en los arts. 7.1 y 6.4 del pliego de prescripciones técnicas de los expedientes A3/15 y A24/19, así como en el art. 7.5.2 del pliego de prescripciones técnicas del expediente A 24/19.

4.- El motivo no puede prosperar. Se trata de documentos que han sido valorados por el Tribunal Superior de Justicia, sin que incurriera en error en la apreciación de los mismos. Este hecho probado menciona expresamente la cláusula 7.1 del pliego de prescripciones técnicas y explica cuál es la función del programa GMAO (PRISMA). El Tribunal de instancia lo ha declarado acreditado con base en dicho documento y en la prueba testifical, sin que la prueba documental invocada por la recurrente demuestre el error probatorio de instancia. A mayor abundamiento, se trata de adiciones intrascendentes para la resolución del recurso, lo que impide estimarlas.

CUARTO.- 1.- El siguiente motivo postula la modificación del segundo hecho probado cuarto de la sentencia de instancia. En él se explica que la UAM licitó un nuevo concurso, reseñando las cláusulas esenciales del pliego de prescripciones técnicas. La parte recurrente no solicita la modificación de ninguna de las cláusulas sino que pretende que al final de varias de ellas se añadan menciones relativas a diferentes apartados de los expedientes A24/19 y A3/15.



2.- Este Tribunal no puede acoger estas pretensiones revisoras. El hecho probado combatido reseña el contenido esencial del pliego de prescripciones técnicas, describiendo las condiciones esenciales del concurso, sin que la parte recurrente haya demostrado, en el presente recurso extraordinario de casación, la existencia de error relevante del Tribunal de instancia en la apreciación de la prueba, siendo intrascendentes las adiciones fácticas propuestas.

QUINTO.- La parte recurrente pretende añadir un hecho probado nuevo en el que conste que "la UAM apertura procedimientos de licitación para la compra de material [...]".

Nuevamente trata de una modificación fáctica intrascendente. En el segundo hecho probado cuarto de la sentencia recurrida se explica que los materiales propios de equipos o instalaciones y los de mantenimiento propiamente dicho serán aportados por la UAM. En consecuencia, la revisión no aporta ninguna afirmación fáctica relevante para la resolución del recurso, lo que impide estimarla.

SEXTO.- La recurrente postula la revisión del hecho probado quinto, relativo a la obligación impuesta a la contratista de tener un servicio de *call center* con disponibilidad de 24 horas los 365 días al año.

Esta parte procesal pretende sustituir la mención en singular: "la contratista"; por el plural: "las contratistas". Además, quiere añadir que los contratistas deben repartir teléfonos móviles con llamadas integradas en la red interna de la UAM; debiendo ser teléfonos compatibles con la aplicación de gestión de mantenimiento y las llamadas externas serán con cargo a la empresa adjudicataria.

Este motivo tampoco puede estimarse porque ni se ha producido ningún error en la apreciación de la prueba llevada a cabo por el Tribunal Superior de Justicia, que ha valorado los documentos a los que se refiere el recurrente; ni la pretensión revisora tiene relevancia para modificar el fallo de la sentencia, lo que obliga a desestimarla.

SÉPTIMO.- El siguiente motivo solicita la revisión del hecho probado sexto. En él se menciona que la UAM facilita a la contratista locales para ser utilizados como almacén, taller, vestuarios y oficinas.

Nuevamente la parte recurrente pretende sustituir la expresión en singular: "la contratista" por la plural: "las contratistas", añadiendo la mención a los expedientes A24/19 y A3/15.

A juicio de esta Sala, el motivo no puede prosperar porque ni se ha probado la existencia de error probatorio relevante del Tribunal de instancia, ni se trata de una modificación trascendente a efectos de la resolución del presente recurso extraordinario.

OCTAVO.- 1.- Por último, la parte recurrente solicita la revisión del hecho probado segundo, que menciona la finalización del contrato mercantil con Ferrovial, resultando la nueva adjudicataria del servicio la mercantil Gestiona, a quien se comunicó que debía subrogarse en los derechos y obligaciones de los trabajadores.

2.- La parte recurrente pretende efectuar dos adiciones:

1) Que la empresa saliente remitió un burofax a la empresa entrante informándole del listado nominativo de plantilla adscrita al servicio, así como condiciones económicas básicas y esenciales. Se trata de una adición intrascendente para la resolución de este recurso.

2) Que en el expediente 24/2019 consta la inclusión de un listado de plantilla adscrita al servicio, con datos como especialidad, antigüedad... Nuevamente se trata de una incorporación irrelevante para la resolución de este recurso.

3.- En definitiva, los hechos probados de la sentencia recurrida recogen los extremos fácticos esenciales para la resolución del pleito, sin que los motivos de revisión fáctica desarrollados por la parte recurrente hayan demostrado, en el presente recurso extraordinario de casación, la existencia de errores probatorios por parte del Tribunal Superior de Justicia, lo que impide estimarlos, de conformidad con el Ministerio Fiscal.

NOVENO.- 1.- En el siguiente motivo casacional, amparado en el art. 207.e) de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) y del art. 1.1.b) de la Directiva CE 2001/23 de 12 de marzo, así como de la jurisprudencia que los interpreta. Esta parte procesal argumenta que ha habido una transmisión de elementos materiales [incluyendo el programa GMAO (PRISMA)] y especialmente inmateriales (el conocimiento de todo lo hecho y lo que se debe hacer para el mantenimiento preventivo), por lo que concurren los requisitos para declarar la existencia de una sucesión empresarial.

Se ha descartado la subrogación convencional, al no preverla el convenio colectivo aplicable. El debate litigioso se ciñe a si existe subrogación legal.



2.- Existe sucesión empresarial cuando se transmite "una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria" [art. 44.2 del ET y art. 1.1.b) de la Directiva 2001/23/CE].

El art. 44 del ET exige, bien la transmisión de elementos patrimoniales y de personas, o bien, en el caso de que la actividad en concreto descansa fundamentalmente en la mano de obra, que sea esta (mano de obra) la que se transmita (por todas, sentencias del TS de 16 de abril de 2018, recurso 2392/2016; 29 de enero 2020, recurso 2914/2017; y 24 de septiembre de 2020, recurso 300/2018).

3.- No se aplica el art. 44 del ET cuando se produce la mera sucesión en la ejecución de una actividad económica porque "una entidad empresarial no puede reducirse a la actividad de que se ocupa y por ello el mero cambio en el titular de la actividad no determina la aplicación de la normativa sobre transmisión de empresa, en tanto la operación no vaya acompañada de una cesión -entre ambos empresarios- de elementos significativos del activo material o inmaterial. Porque -y este es el caso- en las contrataciones sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET" (sentencia del TS de 12 de diciembre de 2017, recurso 668/2016, y las citadas en ella).

Este Tribunal sostiene que "en la sucesión de contrataciones o concesiones administrativas para la prestación de servicios públicos sólo se produce subrogación empresarial si se transmite la unidad productiva [...] ni la contrata ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación", de forma que en general no se trata de una sucesión de empresas regulado en dicho precepto sino que la sucesión de empresas contratistas de servicios, al carecer la sucesión de un soporte patrimonial, por lo que no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales" (sentencia del TS de 27 de febrero de 2018, recurso 724/2016).

4.- Si se traspasan medios materiales, de forma que la nueva contratista realiza el servicio con medios que utilizó la anterior, procede analizar la importancia de los medios traspasados en relación con la naturaleza de la actividad externalizada.

La doctrina jurisprudencial ha hecho hincapié en "la entrega de los elementos patrimoniales que resultan inevitables para la continuidad de la actividad, lo que revela la transmisión de un conjunto de instalaciones y medios que conforman una determinada actividad económica que mantiene su identidad" (sentencias del TS de 4 de julio de 2018, recurso 2609/2017 y 12 de marzo de 2020, recurso 1916/2017).

La sentencia del TS de 27 de enero de 2015, recurso 15/2014, explica que "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".

5.- Se rechaza que exista sucesión de plantillas cuando la actividad externalizada "no se basa exclusiva o fundamentalmente en la mano de obra. Antes, al contrario, para prestar el servicio encomendado hacen falta -son absolutamente imprescindibles- unas instalaciones, un equipamiento importante y unos bienes materiales sin los cuales es imposible la realización del servicio encomendado. Los vehículos, la maquinaria los enseres y el utillaje [...] se revelan como elementos materiales de importancia capital para la realización de la contrata, teniendo un valor que, en absoluto, puede considerarse ni desdeñable ni marginal en la actividad de que se trata" (sentencia del TS de 4 de julio de 2018, recurso 2609/2017).

6.- En caso de sucesión de empresas contratistas, la subrogación laboral puede producirse aunque la nueva adjudicataria no reciba los medios materiales de la anterior contratista sino de la empresa principal, a quien pertenecen. En tal caso, no hay un traspaso de medios de contratista a contratista sino que la empresa adjudicadora pone dichos medios a disposición de las sucesivas adjudicatarias: "El dato de que las infraestructuras o los medios materiales pertenezcan a la administración que descentraliza y las entrega a la empresa contratista para que lleve a cabo la actividad o el servicio encomendado no impide que pueda apreciarse una sucesión empresarial encuadrable en el ámbito de aplicación de la Directiva. Ello puede ser determinante, incluso, para comprobar la existencia de transmisión empresarial. Así se pone de relieve en la STJUE de 26 de noviembre de 2014, C-509/2014, Asunto Aira Pascual [...] la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva" [por todas, sentencias del TS de 19 de septiembre de 2017 (dos), recursos 2629/2016 y 2832/2016; y 25 de noviembre de 2020, recurso 684/2018].



DÉCIMO.- 1.- El TJUE explica que el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión de empresa "consiste en saber si la entidad económica mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude [...] Para determinar si se cumple este requisito, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario contrate o no a la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades" (sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2020, C-298/18, y las citadas en ella).

2.- El TJUE sostiene que, "en un sector en el que la actividad se basa esencialmente en el equipamiento, el hecho de que el nuevo empresario no se haga cargo de la plantilla que su antecesor había dedicado al desarrollo de la misma actividad no basta para excluir la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad, en el sentido de la Directiva 2001/23" (sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018, C-472/16).

UNDÉCIMO.- La doctrina jurisprudencial ha examinado si el art. 44 del ET se aplica a los supuestos de sucesión en contratos de mantenimiento:

1) Servicio de mantenimiento de una entidad deportiva

La sentencia del TS de 27 de octubre de 2004, recurso 899/2002, declaró la existencia de sucesión empresarial porque la última empresa titular de la contrata se había hecho cargo de todo el personal de la anterior contratista, excepto un trabajador, argumentando que existía sucesión de plantillas.

2) Ejecución de obras de construcción y mantenimiento de las instalaciones

La sentencia del TS de 23 de noviembre de 2016, recurso 795/2015, negó la sucesión porque no se había acreditado que entre las entidades implicadas se produjera transmisión alguna de elementos patrimoniales que configuraban la infraestructura y organización empresarial básica de la explotación; no constando tampoco el traspaso de una parte esencial, en términos de número y capacitación, del personal de la anterior titular de la contrata a la nueva contratista.

3) Servicio de mantenimiento de edificios de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha

La sentencia del TS de 12 de diciembre de 2017, recurso 668/2016, rechazó la subrogación porque el art. 44 del ET no se aplica a la mera sucesión en la ejecución de una actividad económica, en tanto la operación no vaya acompañada de una cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial. En las contrataciones sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas.

4) Servicios de asistencia a operaciones, intervenciones anticontaminación, inspección y mantenimiento de las instalaciones marinas de CEPSA

La sentencia del TS de 26 de octubre de 2018, recurso 2118/2016, enjuició un pleito en el que la contratista debía aportar tres embarcaciones remolcadoras, medios de manipulación y transporte marítimos necesarios para la ejecución de los trabajos.

Se rechazó la sucesión empresarial porque no se trataba de una actividad que descansara esencialmente en la mano de obra, por lo que era irrelevante que la recurrente hubiera contratado a 6 de los 10 trabajadores que atendían el servicio en la empresa saliente. El dato decisivo es que no existió una transmisión de los medios materiales necesarios para la explotación entre la empresa saliente y la entrante: un conjunto organizado de personas y elementos que permite el desarrollo de la actividad en que consiste el objeto del servicio contratado.

5) Explotación y mantenimiento de los sistemas de seguridad y control de gestión de túneles del aeropuerto Adolfo Suárez Madrid Barajas

Las sentencias del TS de 29 de enero de 2020, recurso 2914/2017; 3 de marzo de 2020, recurso 3439/2017; y 24 de septiembre de 2020, recurso 300/2018; enjuiciaron sendos litigios en los que la empresa entrante en la contrata de mantenimiento había incorporado a su plantilla a 17 de los 20 trabajadores de la empresa saliente. Este Tribunal rechazó la sucesión empresarial porque la contratista, para dar cumplimiento a los fines de la contrata, debía desplegar los medios materiales y personales señalados por los manuales de explotación y en la normativa de túneles en vigor. Esta Sala argumentó que la llamada "sucesión de plantillas" opera únicamente cuando la actividad empresarial pivota esencialmente sobre la mano de obra, de forma que la



contrata puede continuar con los mínimos cambios personales y de dirección, pero no es admisible cuando la nueva contratista está obligada a desplegar además los medios materiales precisos para que la contrata alcance sus fines.

DUODÉCIMO.- 1.- En el supuesto de autos, Ferrovial era la anterior adjudicataria de la contrata de mantenimiento de la UAM y del servicio de operación y mantenimiento de la estación de aguas residuales. La nueva contratista es Gestiona. El mantenimiento alcanza una superficie de 380.000 metros cuadrados, con 38 edificios, en los que existen alrededor de 3.000 unidades de maquinaria que se deben mantener, incluyendo máquinas altamente especializadas. La adjudicataria debe administrar el servicio de mantenimiento y conservación de los equipos e instalaciones. En la contrata se diferencian:

1) Los materiales propios de equipos o instalaciones y los de mantenimiento propiamente dicho los aporta la UAM, previa petición del contratista.

2) Los materiales fungibles los suministra y pone en servicio la adjudicataria y correrán por su cuenta y coste.

En la contrata se prevé que, en caso de urgente necesidad, la Dirección de Infraestructuras de la UAM podrá solicitar a la adjudicataria el material necesario para ejecutar un determinado trabajo si no se dispone del mismo en el almacén de la UAM.

2.- La UAM pone a disposición de la empresa adjudicataria:

a) Los inmuebles siguientes: local para almacén, taller, vestuarios y oficinas, si bien la contratista no adquiere ningún derecho sobre los mismos, debiendo abandonarlos el mismo día en que se dé por finalizada la relación. La empresa adjudicataria se responsabiliza de mantener dichos locales aseados.

b) De conformidad con la contrata, los materiales propios de equipos o instalaciones y los de mantenimiento propiamente dicho, previa petición del contratista.

c) El programa GMAO (PRISMA), cuyo coste de mantenimiento es asumido por la contratista. En él se insertan anotaciones tanto de los trabajos que se realizan como del material utilizado.

d) El número de teléfono 2400 que sirve para que la contratista atienda las incidencias urgentes.

e) La página web que contiene un formulario para comunicar cualquier incidencia a fin de que pueda atenderla el servicio de mantenimiento.

3.- La empresa adjudicataria debe dotar a su personal de toda la herramienta necesaria acorde con las diversas especialidades o gremios profesionales, así como de los equipos de medida, control, analizadores, etc., con el fin de ejecutar sus tareas con la mayor eficacia. La herramienta de mano y demás medios materiales y auxiliares a emplear por los operarios se suministrará por la empresa.

La contratista aporta medios auxiliares: dos furgonetas pequeñas tipo Kangoo o similar, dos furgonetas Grandes tipo Renault Trafic o similar, una hormigonera, un dumper, una máquina hidrolimpiadora de más de 150 bar, un grupo electrógeno portátil de 35 KW, un analizador electrónico de humos de combustión y dos grupos portátiles de soldadura eléctrica y autógena. La contrata explica que los materiales fungibles incluyen los filtros, aceite, grasa, cárter, refrigerantes...

No consta que la nueva contratista haya asumido ni total ni parcialmente la plantilla de la empresa saliente.

DECIMOTERCERO.- 1.- La aplicación de la referida doctrina del TJUE y del TS al supuesto enjuiciado obliga a estimar el recurso de casación. Debemos hacer hincapié en que la UAM pone a disposición de las sucesivas contratistas los medios siguientes:

1) El local para almacén; el taller, esencial para el mantenimiento; los vestuarios y las oficinas.

2) De conformidad con la contrata, los materiales propios de equipos o instalaciones y los de mantenimiento propiamente dicho, previa petición del contratista. La contrata describe unos y otros:

a) Se consideran materiales propios de equipos o instalaciones: "todos aquellos que ocupando un lugar permanente en un área, equipo o instalación sea necesario sustituirlos por deterioro, envejecimiento, desgaste, rotura o incorrecto funcionamiento".

b) Los materiales de mantenimiento propiamente dicho son "todos aquellos materiales de uso continuado en las labores propias de mantenimiento."

Solo en caso de urgente necesidad, si en el almacén general de la UAM no hay material necesario para un determinado trabajo de mantenimiento, se podrá solicitar dicho material a la adjudicataria.



3) El programa informático GMAO (PRISMA), imprescindible para la ejecución de la contrata debido a la complejidad del mantenimiento de toda esa maquinaria (hay alrededor de 3.000 unidades en 38 edificios propiedad de la UAM).

4) El número de teléfono 2400 y la página web para comunicar las incidencias.

La empresa adjudicataria aporta los materiales fungibles, la herramienta de mano y los demás medios materiales y auxiliares a emplear por los operarios.

2.- A la vista de los citados extremos, debemos descartar que se produjera la mera sustitución de adjudicatarias en la realización de la actividad externalizada sin entrega de factores de producción. Por el contrario, se han transmitido elementos materiales e inmateriales esenciales, sin los cuales sería imposible prestar el servicio. El hecho de que la infraestructura y los citados medios materiales pertenecieran en todo momento a la Administración, quien los ponía a disposición de las sucesivas contratistas para que realizaran el servicio público, no impide la sucesión empresarial al amparo del art. 44 del ET puesto que se transmitió una entidad económica que mantuvo su identidad, continuando con la prestación del mismo servicio, con los mismos elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la actividad, incluyendo los inmuebles, los materiales propios de equipos o instalaciones, los materiales de mantenimiento propiamente dicho, el programa informático GMAO (PRISMA), el teléfono 2400 y la página web, que son esenciales para la contrata.

El análisis de los medios traspasados en relación con la naturaleza de la actividad externalizada: el mantenimiento de las instalaciones de la Universidad, revela que los elementos patrimoniales entregados por la UAM a las sucesivas contratistas son esenciales para la continuidad de la actividad, lo que evidencia que se transmitió un conjunto de instalaciones y medios que conforman una determinada actividad económica que mantuvo su identidad.

3.- No nos encontramos con la mera sucesión en la ejecución de una actividad económica porque para la realización del mantenimiento es esencial contar con los citados medios, que incluyen un programa informático, proporcionado por la Universidad, el cual gestiona el mantenimiento de miles de instalaciones, informando a la nueva contratista de qué actividades de mantenimiento se han realizado y cuáles están programadas; una página web, aportada por la UAM, que permite a los interesados solicitar la intervención de la empresa de mantenimiento para afrontar las incidencias; un teléfono de incidencias, que también es de la Universidad; así como los inmuebles y los materiales necesarios para la continuidad de dicha actividad. Se trata de elementos cualitativamente esenciales para la prestación del servicio.

La propia terminología relativa al material aportado por la empresa adjudicataria: materiales fungibles, herramienta de mano y demás medios materiales y auxiliares a emplear por los operarios, indica su naturaleza adjetiva.

4.- En definitiva, la sucesión de contratas afectó a un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, por lo que nos encontramos en el ámbito de aplicación del art. 44 del ET y de la Directiva 2001/23. Se transmitió a Gestiona una unidad productiva autónoma, por lo que Gestiona debió haberse subrogado en los derechos y obligaciones de los trabajadores de la anterior contratista.

DECIMOCUARTO.- 1.- Se trata de un supuesto distinto del enjuiciado en las citadas sentencias del TS relativas a contratas de mantenimiento. En particular, debemos referirnos a las sentencias del TS de 29 de enero 2020, recurso 2914/2017; 3 de marzo de 2020, recurso 3439/2017; y 24 de septiembre de 2020, recurso 300/2018. En todas ellas se negó la existencia de una sucesión de empresas en relación con el cambio en la contrata del servicio de explotación y mantenimiento de los sistemas de seguridad y control de gestión de túneles del aeropuerto Adolfo Suárez Madrid Barajas. Este Tribunal rechazó que pudiera aplicarse la figura de la sucesión de plantillas, al precisar la adquisición de elementos materiales imprescindibles y de personal que supiera usarlos. La primera de las sentencias citadas argumentó:

"No puede estimarse que exista la llamada "sucesión de plantillas" que se produce cuando en empresas en las que en el proceso de producción es la mano de obra el factor fundamental de forma que la actividad puede continuar con los mínimos cambios personales y de dirección, pero en los casos en que la nueva contratista, además, debe hacer una pequeña inversión en herramientas y utensilios y viene obligada también a aportar, comprar, herramientas, máquinas pesadas, vehículos y medios informáticos que requieren una inversión que no es fácil realizar de un día para otro. En estos casos, la nueva empleadora, aporta medios mecánicos y su know-how, saber hacer, lo que hace que el supuesto sea distinto a aquel en el que la actividad se reanuda nombrando uno o varios encargados de la dirección de los trabajos. Por ello, como en el presente caso la nueva contratista, además del personal cualificado, necesitaba la adquisición de elementos materiales imprescindibles y de personal que supiera usarlos, procede estimar el motivo examinado por estimarse que no hubo sucesión de plantillas."



2.- En el presente procedimiento, no ha habido sucesión de plantillas. La nueva adjudicataria presta el servicio con sus propios trabajadores. La sucesión empresarial descansa en los materiales propios de equipos e instalaciones, los de mantenimiento propio necesarios para la ejecución de la contrata, los bienes inmuebles así como el activo inmaterial esencial para la prestación del servicio adjudicado, por lo que resulta subsumible en el art. 44 del ET.

Por ello, oído el Ministerio Fiscal, procede estimar el recurso de casación ordinario. Casar y anular en parte la sentencia recurrida. Absolver a Ferrovial Servicios SA y condenar a Gestiona Desarrollo de Servicios Integrales SLU, manteniendo los restantes pronunciamientos de instancia. Sin condena al pago de costas (art. 235 de la LRJS). Se acuerda la devolución del depósito y la cancelación del aseguramiento prestado (art. 217 de la LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

- 1.- Estimar el recurso de casación ordinario interpuesto por la representación de Ferrovial Servicios SA.
- 2.- Casar y anular en parte la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 23 de julio de 2019, procedimiento 171/2020.
- 3.- Absolver a Ferrovial Servicios SA y condenar a Gestiona Desarrollo de Servicios Integrales SLU, manteniendo los restantes pronunciamientos de instancia. Sin condena al pago de costas. Se acuerda la devolución del depósito y la cancelación del aseguramiento prestado.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.