



Roj: **STS 4773/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4773**

Id Cendoj: **28079140012017100958**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/12/2017**

Nº de Recurso: **668/2016**

Nº de Resolución: **983/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 668/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Social**

##### **Sentencia núm. 983/2017**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

En Madrid, a 12 de diciembre de 2017.

Esta Sala ha visto los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la Letrada D<sup>a</sup>. Pilar González Velasco, en la representación que ostenta ELSAMEX, S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 22 de diciembre de 2015 (Rec. 1476/2015 ), que resolvió el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Toledo, autos 745/2014, en virtud de demanda presentada por D. Amadeo contra la empresa FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A, sobre despido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de febrero de 2015, el Juzgado de lo Social nº 1 de Toledo, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que debo estimar la demanda de despido formulada por D. Amadeo contra la empresa **FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A.**, declarando la improcedencia del despido del actor que tuvo lugar con fecha 15 de mayo de 2014, condenando a tal demandada a estar y pasar por esta declaración así como a que a su elección readmita al actor en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, con abono de los salarios dejados de percibir, o le indemnice en la cuantía de **18.451,14 euros**».

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: « **PRIMERO.-** D. Amadeo ha prestado servicios para la empresa Elsamex, S.A. desde el día 1 de mayo de 2010, en virtud de subrogación



de la anterior empresa prestataria del servicio Unitel Sistemas de Comunicaciones, S.L.. Por la empresa codemandada se reconoce una antigüedad en nómina de 1 de julio de 2009.- En anexo al contrato de trabajo entre el demandante y la empresa Unitel de 1 de julio de 2009 se hace constar que tal empresa se compromete a asumir todos los derechos adquiridos por el trabajador en la empresa Virtutec, S.L., entre ellos, respetar la antigüedad adquirida en la anterior empresa, que es de 26 de septiembre de 2005.- La categoría del demandante es de oficial 1a y salario de 1529,15 euros/mes con inclusión de prorrata de pagas extras.- La relación laboral entre las partes se rigió por el convenio colectivo provincial para la industria siderometalurgia.-

**SEGUNDO.**- Con fecha 12 de mayo de 2014 la empresa Elsamex, S.A. entrega al trabajador comunicación del siguiente tenor literal "Le comunicamos por medio de la presente que con efectos del 14 de mayo de 2014 la empresa ELSAMEX, S.A. dejará de prestar servicio por el que Usted está contratado/a correspondiente al contrato de servicio: "servicio de mantenimiento de edificios de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha", siendo la nueva empresa adjudicataria Fluton. Por esta razón, y al producirse el cambio de titularidad, pasará Usted a integrarse en la plantilla de Fluton, con efectos del día 15 de mayo de 2014 de acuerdo con lo establecido en el pliego específico para dicho contrato Ref. NUM000 . Por ello, debido al cambio de empresa, se le respetarán los mismos derechos y obligaciones que disfrutaba en la empresa ELSAMEX, S.A.".-

**TERCERO.**- La empresa Fulton Servicios Integrales, S.A., desde el 15 de mayo de 2014 es la nueva adjudicataria del servicio de mantenimiento en el edificio de la Consejería de Agricultura sito en Calle Pintor Matías Moreno N° 4, en el cual el demandante prestaba hasta el 14 de mayo de 2014 servicios para Elsamex, S.A.. Previamente con fecha 8 de enero de 2014 se formaliza acuerdo marco para la homologación de los servicios de mantenimiento de edificios e instalaciones de la JCCM y sus organismo autónomos, entre el titular de la Consejería de Hacienda y 10 empresas homologadas, entre ellas Fulton Servicios Integrales. En el desarrollo de tal acuerdo marco se adjudica a tal empresa mediante contrato de 15 de mayo de 2014, la realización del mantenimiento integral de los edificios sede de los Servicios Centrales de la Consejería de Agricultura (calle Pintor Matías Moreno, 4 y C) Quintanar de la Orden, s/n) y de las dependencias del Laboratorio Agroalimentario y Ambiental en Toledo, (calle San Pedro el Verde n° 49).- En el pliego específico que regula el contrato vigente de mantenimiento integral de las instalaciones de la Consejería de Agricultura no se contempla expresamente en sus cláusulas la obligación de subrogación, incorporando en cambio el mismo la información a la que alude el artículo 120 del TR de la Ley de Contratos del Sector Público . En tal pliego se recoge el acrónimo, categoría y antigüedad (respecto del demandante el 26 de septiembre de 2005) así como jornada y tipo de contrato, de los trabajadores que prestan el servicio de mantenimiento en la Consejería de Agricultura a fecha de 12 de febrero de 2014 (doc. 13 de la parte actora).- La empresa Fulton Servicios Integrales, S.A. para la prestación del servicio contratado con la JCCM ha empleado a dos trabajadores nuevos, con categoría de oficial 2ª.- Se certifica por el Técnico Superior de Apoyo del Servicio de Personal y Asuntos Generales de la Consejería de Agricultura de la JCCM, que para la prestación del servicio de mantenimiento integral de las Instalaciones de diversos edificios de los Servicios Centrales de la Consejería, adjudicado a Fulton Servicios Integrales, S.A., dicha empresa ha aportado los medios técnicos y herramientas necesarias para la prestación de tal servicio, y que la totalidad de equipos y herramientas aportadas por la anterior empresa (ELSAMEX) durante el tiempo de su adjudicación fueron retirados por la citada empresa a la finalización de sus servicios.-

**CUARTO.**- En los pliegos de prescripciones técnicas que regían la prestación del servicio por la mercantil Elsamex, S.A., se recogía la obligación de la empresa adjudicataria de subrogarse en los contratos de los trabajadores que viniesen prestando los servicios integrales del mismo. En base a tal cláusula Elsamex, S.A. se subrogó en el contrato del demandante con la empresa Unitel de fecha 1 de julio de 2009, el cual figura como contrato indefinido para la contratación de personas con discapacidad.-

**QUINTO.**- Las empresas adjudicatarias del servicio de mantenimiento en la Consejería de Agricultura aportan los útiles, herramientas y maquinaria necesarios para la realización de tal mantenimiento preventivo y correctivo de las instalaciones, entregando igualmente a los trabajadores el uniforme y vestuario preciso para la realización de tales trabajos.- Tal personal de mantenimiento se haya en la prestación de sus servicios dirigido por el encargado de empresa adjudicataria, siendo la empresa la que autoriza las vacaciones a su personal y procede al pago de los salarios y anticipos correspondientes. En la empresa Elsamex era la trabajadora Valentina la superior del demandante y responsable de tal contrato de mantenimiento, siendo su enlace en la consejería el Jefe Técnico de Apoyo, D. Eleuterio .- En caso de incidencia puntual se pone la misma en conocimiento del Jefe de Sección del Servicio de Personal y Asuntos Generales o del responsable del contrato para transmitirlo al personal de mantenimiento y proceder a su reparación.- Por las empresas encargadas de mantenimiento se subcontrataban con otras empresas trabajos que exigieran otra cualificación (reparación y mantenimiento de ascensores, control de legionella, análisis de aguas, etc.).-

**SEXTO.**- Con fecha 12 de mayo de 2014 por la empresa Elsamex se comunica mediante correo electrónico a la empresa Fulton Servicios Integrales la documentación relativa a los dos trabajadores, entre ellos el demandante, a los efectos de subrogación. A tal correo contesta la empresa entrante, Fulton Servicios Integrales, S.A., mediante correo de 14 de mayo de 2014 en el cual se indica que tal empresa no tiene la obligación jurídica de subrogar a los trabajadores de la empresa saliente por no disponerlo el pliego de condiciones ni el convenio de aplicación y no resultar de



aplicación el artículo 44 del ET. (doc. 5 y 6 de la empresa Elsamex, S.A.).- **SÉPTIMO.**- La parte actora, no ostenta ni ha ostentado cargo sindical alguno, así como tampoco consta su afiliación sindical.00TAVO.- Con fecha 10 de junio de 2014 se interpone por la parte actora reclamación previa a la vía judicial contra la Consejería de Agricultura, siendo la misma desestimada por el organismo público en resolución de 8 de septiembre de 2014.- **NOVENO (SIC).**- Con fecha 9 de junio de 2014 tiene lugar acto de conciliación ante el SMAC en virtud de papeleta presentada contra las empresas Elsamex, S.A. y Fulton Servicios Integrales, S.A., acto que concluyó sin avenencia respecto de la primera y sin efecto respecto de la segunda, indicándose por tal servicio que no constaba a fecha del acto el acuse de recibo de la citación por parte del Servicio de Correos».

**TERCERO.**- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de Fulton Servicios Integrales, S.A., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, Albacete, la cual dictó sentencia en fecha 22 de diciembre de 2015, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando el recurso de suplicación formulado por la representación letrada de la empresa FULTON SERVICIOS INTEGRALES SA contra la sentencia de fecha 11 de febrero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Toledo, en autos 745/14 sobre despido, siendo partes recurridas ELSAMEX SA, Amadeo, la CONSEJERÍA DE AGRICULTURA DE LA JUNTA DE CASTILLA-LA MANCHA, y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA), debemos **revocar y revocamos** la citada resolución, para dictar otra por la que condenamos a la empresa ELSAMEX SA de las consecuencias de la improcedencia del despido de Amadeo en el sentido que declara la sentencia recurrida. Sin costas».

**CUARTO.**- Por la Letrada D<sup>a</sup>. Pilar González Velasco, en la representación que ostenta ELSAMEX, S.A., se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, de 11 de septiembre de 2014.

**QUINTO.**- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 12 de diciembre de 2017, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- 1.- La STSJ Castilla/La Mancha 22/12/2015 [rec 1476/15] estimó el recurso de Suplicación formulado por «Fulton Servicios Integrales, SA» y revocó la sentencia que en 11/02/15 había dictado el J/S Nº 1 de Toledo [autos 745/14], y por la cual se había condenado a la recurrente y absuelto a la codemandada «Elsamex, SA», respecto de la reclamación por despido efectuada por Don Amadeo.

2.- La base argumental para el pronunciamiento recurrido -con condena de «Elsamex, SA»- es que en la sucesión de ambas empresas en la contrata de mantenimiento de edificios de la «Junta de Comunidades de Castilla/La Mancha», no comportaba sucesión de la titularidad empresarial, porque no se trataba de una actividad que descansase fundamentalmente en la mano de obra, ni se había producido la transmisión de una unidad productiva ni tampoco imponía la subrogación el pliego de condiciones, que se limitaba a incorporar la previsión informativa dispuesta en el art. 120 TRLCSP.

3.- Se formaliza recurso de casación unificadora, aportando como contradictoria la STSJ Andalucía/Málaga 11/09/14 [re. 968/14] y denunciando interpretación errónea del art. 120 RD-Legislativo 3/2011 [14/Noviembre], en relación con los arts. 1258 CC y 44 ET, argumentando que la constancia -en Anexo al pliego de condiciones- de los datos de los trabajadores empleados en la contrata, expresa «voluntad inequívoca» de la Administración Pública de imponer la subrogación a la nueva empresa adjudicataria y la participación en la licitación -por parte de «Fulton Servicios Integrales, SA»- comporta la aceptación de la referida cláusula y obliga a la sucesión empresarial cuestionada.

**SEGUNDO.**- 1.- Como es de constante recordatorio por la Sala, el art. 219 LJS exige -para la viabilidad del RCUD- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, y que el cumplimiento de esta exigencia se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, sin que tal contradicción pueda surgir -tan sólo- de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias y sin que a la par sea exigible una identidad absoluta entre los supuestos a enjuiciar (recientes, SSTS 10/10/17 -rcud 1507/15 -; 10/10/17 -rcud 3684/15 -; y 17/10/17 -rcud 2541/15 -).

2.- En el presente caso es innegable que concurre el requisito de que se trata -la impugnación del recurso no lo niega y el Ministerio Fiscal lo afirma expresamente- hasta el punto de hacerse innecesario referir en detalle



los presupuestos de hecho de la sentencia de contraste, bastando con destacar: a) que en ambas sentencias se trata de sucesión de contratatas en el ámbito de las Administraciones Públicas, en sector cuya regulación colectiva no impone la obligada sucesión empresarial por la adjudicación de aquéllas, y sin que -de otra parte- medien circunstancias de hecho justificativa de la subrogación ex art. 44 ET ; b) en ambos supuestos los trabajadores no fueron subrogados, pese a que en el pliego de condiciones se hacían constar los datos de los trabajadores que prestaban servicios para la adjudicataria saliente; y c) discrepan ambas decisiones en la consecuencia atribuible a tal referencia, puesto que la que la decisión recurrida le atribuye mero significado informativo y la referencial le otorga carácter vinculante, con la consiguiente diferencia entre las decisiones en orden a la subrogación, que la recurrida niega y la de contraste afirma.

3.- Excluida del debate la cuestión inicialmente planteada de supuesta cesión ilegal de trabajadores, por aquietarse el demandante a su desestimación en instancia, y en manera alguna pretendida la concurrencia de hechos que consintiesen afirmar la existencia de la trasmisión empresarial estatutariamente regulada, hemos de recordar que precisamente se hallan excluidos de la aplicación del art. 44 ET los supuestos en los que se produce una mera sucesión en la ejecución de una actividad económica, puesto que 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 contratatas 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 , sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación o -en su caso- el pliego de condiciones propios del proceso de adjudicación de la contrata o concesión (entre otras muchas, SSTS 10/12/97 -rec. 164/97 -; ... ; 12/02/14 -rcud 2028/12 -; ... 27/04/16 -rcud 329/15 -; ...; y 31/05/17 -rco 234/16 -).

4.- Sentado ello, toda la cuestión de autos se reduce a dilucidar si la inclusión de las previsiones del art. 120 TRLCSP en el pliego de condiciones del concurso de autos, tras cuya licitación se adjudicó el servicio de mantenimiento a «Fulton Servicios Integrales, SA», tuvo un alcance meramente informativo [tesis de la recurrida] o comportó la imposición de la obligación de subrogarse en los contratos de los trabajadores de la precedente adjudicataria del servicio, «Elsamex, SA» [conclusión de la referencial]. Y nuestra conclusión es del todo coincidente con la Sala de Castilla/La Mancha, por cuanto que:

a).- Para empezar, recordemos los términos en que se expresa el art. 120 LCSP , refiriendo literalmente que «[e]n 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».

b).- La redacción no ofrece más interpretación razonable que la efectuada por la decisión recurrida, puesto que el precepto no hace sino imponer a la Administración pública contratante una obligación, la de informar a los licitadores de una posible subrogación empresarial, que lógicamente ha de ser la impuesta -de concurrir sus presupuestos- por disposición legal o convencional. De esta manera, la norma ofrece cualidad meramente instrumental respecto de una posible obligación sucesoria, por lo que la inclusión de tal información en el pliego de condiciones, no crea obligación alguna para los licitadores en el concurso sino que sólo les informa de las posibles consecuencias laborales de la adjudicación, precisamente cuando las prescripciones legales o convencionales «impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador».

c).- Si ya la literalidad de la norma lleva a la referida conclusión, con mayor motivo la misma ha de imponerse cuando la propia Administración pública codemandada manifiesta -[FJ Cuarto de la sentencia del J/S, con valor de HDP: recientes, SSTS 02/06/16 -rco 136/15 -; 22/06/16 -rco 250/15 -; y SG 26/10/16 -rcud 2913/14 -] que con la inclusión de los datos de los trabajadores en el Anexo no pretendía establecerse obligación subrogatoria, sino proporcionar información, pues no cabe olvidar que en la interpretación de los contratos tiende a deducir la intención común de las partes y que -conforme a la regla subsidiaria prevista en el art. 1282 CC - precisamente para los supuestos en que existan dudas y las mismas no puedan resolverse por las usuales reglas hermenéuticas [gramatical; lógica; sistemática], ha de atenderse -para juzgar de la intención de los contratantes- «a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato» [sin excluir los anteriores: SSTS 30/03/74 Ar. 1208 ; y 12/11/84 Ar. 5548], conjugándolos con los principios de la buena fe y justicia material [ STS 30/01/91 -infracción de ley- Ar. 196]» ( STS 20/04/17 -rco 192/16 -). Y si quien impuso las condiciones contractuales del concurso -la Administración- manifiesta que simplemente informaba, ante una eventual obligación subrogatoria impuesta por la ley o el convenio colectivo de aplicación, y que no tenía



intención alguna de imponerla a la empresa que finalmente resultase adjudicataria, está claro que desconocer esta voluntad contractual no se ajusta a la normativa que se dice infringida.

d).- A destacar -finalmente- que esa función meramente informativa del art. 120 TR LCSP -aplicable en autos- se evidencia aún más claramente en la no vigente todavía Ley 9/2017 [8/Noviembre], de «Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014» [BOE 272, de 9/Noviembre/2017], en cuyo art 130.1 se dispone -bajo el epígrafe «Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo»- que «Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación...». Redacción que pone de manifiesto que las constancia de los datos de los trabajadores de la empresa saliente no se hace a efectos de imponer a la nueva adjudicataria la obligación de subrogarse en sus contratos, sino tan sólo para el supuesto -que la Administración ni tiene porqué conocer ni con la sola información pretende imponer- de que normativa o convencionalmente esté dispuesto el fenómeno subrogatorio. Y es reiterada doctrina de la Sala que las normas posteriores, aunque sean inaplicables por razones temporales, cumplen una evidente función orientadora, pudiendo «influir» el pronunciamiento de la Sala, en orden a una interpretación acorde con los principios inspiradores de la norma posterior ( SSTS 22/03/02 -rco 1170/01 -; ... 06/07/16 - rcud 530/14 -; y 29/03/17 -rco 133/16 -).

**TERCERO.-** Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste/recurrida y que -en consecuencia- la misma ha de ser confirmada/casada y anulada. Con pérdida del depósito y destino legal para la consignación [ art. 228 LRJS ] e imposición de costas [ art. 235.1 LRJS ].

## FALLO

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

1º.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de «ELSAMEX, SA»,

2º.- Confirmar la sentencia dictada por TSJ Castilla/La Mancha en fecha 22/12/2015 [recurso de suplicación 1476/15], que a su vez había revocado en parte -diversa empresa condenada- la resolución que en 11/02/2015 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. Uno de los de Toledo [autos 745/14].

3º.- Acordar la pérdida del depósito constituido y el destino legal para la consignación o aseguramiento, así como la imposición de costas a la recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.