



Roj: **STSJ PV 916/2017 - ECLI:ES:TSJPV:2017:916**

Id Cendoj: **48020340012017100630**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **21/03/2017**

Nº de Recurso: **434/2017**

Nº de Resolución: **713/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **EMILIO PALOMO BALDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 434/2017

N.I.G. P.V. 48.04.4-16/001242

N.I.G. CGPJ 48020.44.4-2016/0001242

SENTENCIA Nº: **713/2017**

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a veintiuno de marzo de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltmos. Sres. D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y D. EMILIO PALOMO BALDA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de suplicación interpuestos por D. Bernabe y MANTENIMIENTO ELECTROMEDICO S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número seis de los de Bilbao, de fecha veintiuno de julio de dos mil dieciséis, dictada en los autos núm. 130/16, en los que también han sido parte **UTE DRAGUER GIROA SANIDAD BIZKAIA, OSAKIDETZA, AGFA HEALTHCARE SPAIN S.A.U., DRAGER MEDICAL HISPANIA S.A., ELEKTA MEDICAL S.A.U., ELESSEN S.L., EMSOR S.A., GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA S.A.U., GIROA S.A., MANTENIMIENTO ELECTROMEDICO S.A., OLYMPUS IBERIA S.A.U., PALEX MEDICAL S.A., PHILIPS IBERICA S.A., SIEMENS, S.A., y TOSHIBA MEDICAL SYSTEMS S,A.**, sobre Despido (DSP).

Ha sido Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. EMILIO PALOMO BALDA, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

1).- D. Bernabe ha venido prestando servicios para MANTENIMIENTO ELECTROMEDICO SA (MANTELECSA) desde el 19-10-1998 como Técnico especialista de electromedicina, desempeñándose desde el inicio de su actividad en los servicios de mantenimiento de electromedicina de hospitales y centros de salud de Bizkaia (Osakidetza), y residiendo en el último año en el Hospital de Galdakao y ambulatorios de comarca de esta misma localidad. Su salario ascendía a 2208,66 euros/mes (72,61 euros/día).

2).- MANTELECSA ejecutaba un contrato ofrecido por OSAKIDETZA cuyo objeto era el mantenimiento del equipo electromédico de los centros de área de salud de Bizkaia a cuyos fines proporcionaba personal dotado



del pequeño utillaje (herramientas) necesario. En algunos de los hospitales existe un taller donde este personal podía realizar reparaciones.

Este contrato finalizaba el 31-12-2015. El pliego de condiciones (2011) se da por reproducido a este ordinal. Concretamente y en lo que se refiere a su ámbito de aplicación, el Pliego establecía:

A efectos de adjudicación, se considerarán incluidos para la prestación del servicio de mantenimiento todos los equipos de electromedicina instalados en los Centros detallados en el Anexo A, con la única excepción de los siguientes:

- Todos aquellos equipos que nos sean propiedad del centro y los que estén cedidos a cambio de sus reactivos o consumibles, así como aquel equipamiento en régimen de arrendamiento.

- Equipos de alta tecnología, tales como TACs, Scanners, Angiógrafos Vasculares, Equipos de Radioterapia, Equipos de Medicina Nuclear, Simuladores, Aceleradores Lineales, Gammacámaras, Equipos de Cobaltoterapia, Equipos de Resonancia magnética, Equipos de Hemodinámica, Equipos de Litotricia, Radiología Digital, y Equipos de fibra flexible de diagnóstico por imagen.

3).- El actor ha ido siendo subrogado a medida que se producían nuevas licitaciones. Los pliegos sucesivos hasta el último de los publicados fijaban la obligación de asumir el personal de la contratista saliente.

4).- Con arreglo al contrato, el personal de MANTELECSA (23 operarios) debía asumir el mantenimiento del equipo electromédico de los centros de área de salud de Bizkaia.

Cuando las necesidades de atención las suscitaba una de las máquinas integradas dentro del concepto de "alta tecnología", el personal de MANTELECSA realizaba una primera intervención (diagnóstico inicial) para posteriormente subcontratar a la empresa especializada en el equipamiento.

5).- En la nueva licitación (2015), el anterior contrato se dividió en 18 lotes diferentes siendo adjudicados a estas empresas:

- AGFA HEALTH CARE SPAIN SAU (Lote 1, Digitalización).

- MANTELECSA (Lotes nº 3, 8 y 10, equipos DRAGER, MAQUET, MINDRAY).

- EMSOR SA (Lote nº 4, Equipos de mamografía y mesas de biopsia mamaria).

- GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA SAU (Lotes nº 5 y 6, Equipos fabricados por GE).

- ELESEN SL (Lote nº 9, Equipos de Radiología).

- ELEKTA MEDICAL SAU (Lote nº 11, Equipos de Braquiterapia).

- OLYMPUS IBERIA SAU (Lote nº 12, equipamiento rígido y flexible).

- PALEX MEDICAL SA (Lote nº 13, mantenimiento Robots Da Vinci).

- PHILIPS IBERICA SA (Lotes nº 14 y 15, Equipos PHILIPS).

- SIEMENS SA (Lotes nº 16 y 17, Equipos SIEMENS). Este lote ha sido subrogado a SIEMENS HEALTHCARE SA con posterioridad.

- TOSHIBA MEDICAL SYSTEMS SA (Lote nº 18, Equipos TAC TOSHIBA).

Estas empresas atienden los equipos nominados como "alta tecnología".

6).- El lote número 7 fue adjudicado a UTE DRAGER GIROA SANIDAD BIZKAIA UNION TEMPORAL DE EMPRESAS (formada por GIROA SA y DRAGER MEDICAL HISPANIA SA). El cometido de este lote consiste en atender las averías en primera intervención, remitiendo la avería a la adjudicataria concreta del lote en el cual se comprende el mantenimiento de la máquina a tenor del resto de las adjudicaciones. El personal de este lote debe permanecer de forma fija en cada hospital.

El tenor de los documentos de licitación y adjudicaciones se da por reproducido a este ordinal. Concretamente el pliego en cuestión señalaba que la adjudicataria del lote 7 "¿ realizará el servicio teniendo como objetivo primordial la gestión y primera intervención de la totalidad de los equipos que se encuentran incluidos en los diferentes lotes objeto del contrato así como el mantenimiento y la reparación de los equipos que se relacionan en el punto 5 del presente documento y en el inventario orientativo anexo".

[i]



Se entenderá que están expresamente excluidos del contrato aquellos equipos para los cuales ya exista un contrato de mantenimiento específico adjudicado en los diferentes lotes o contratos específicos en vigor, debido a:

- Alta tecnología.
- Sistemas de calibración especiales
- Repuestos especiales que las empresas fabricantes no comercializan.
- Ensamblajes que sólo se pueden realizar con medios técnicos especiales de la empresa fabricante.
- Reparaciones que afecten a sistemas vitales del equipo, afectando a la seguridad y solamente se puedan realizar por la empresa fabricante."

7).- En el ambulatorio de ARIZ (OSI Galdakao) la UTE DRAGER GIROA asume las mismas tareas que antes eran realizadas por MANTELECSA.

8).- A fecha de 18-12-2016, MANTELECSA comunica al actor que a partir del 31 de diciembre de 2015 se resuelve el contrato de arrendamiento que mantenía con la citada entidad, notificándole una subrogación en la nueva adjudicataria; y señalándose a UTE DRAGER GIROA, por haber sido adjudicataria del Lote 7 "Mantenimiento preventivo y correctivo del equipamiento de electromedicina de los centros de Osakidetza del área de Bizkaia".

El tenor de la comunicación se da por reproducido a este ordinal.

9).- El actor no ha sido subrogado, cesando al servicio de MANTELECSA el 1-1-2016.

10).- La empresa elabora una lista de 18 subrogables, de los cuales 5 cesaron a iniciativa propia para pasar a trabajar para UTE DRAGER GIROA (entre el 21 y el 28 de diciembre de 2015).

Posteriormente se incorporan 5 trabajadores más (cesados por MANTELECSA en el momento de perder la contrata), sumando un total de 10 a 1-3-2016.

11).- Interpuesta papeleta conciliatoria el 14-1-2016, el acto se intentó el 9-2-2016 resultando sin avenencia.

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice: Que, estimando en su sustancia la demanda interpuesta por D. Bernabe frente a MANTENIMIENTO ELECTROMEDICO SA, UTE DRAGER GIROA SANIDAD BIZKAIA UNION TEMPORAL DE EMPRESAS (formada por GIROA SA y DRAGER MEDICAL HISPANIA SA), OSAKIDETZA, AGFA HEALTH CARE SPAIN SAU, EMSOR SA, GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA SAU, ELESEN SL, ELEKTA MEDICAL SAU, OLYMPUS IBERIA SAU, PALEX MEDICAL SA, PHILIPS IBERICA SA, SIEMENS SA y TOSHIBA MEDICAL SYSTEMS SA, autos 130/2016. A) Aprecio la excepción de falta de legitimación pasiva formulada por AGFA HEALTH CARE SPAIN SAU, EMSOR SA, GENERAL ELECTRIC HEALTHCARE ESPAÑA SAU, ELESEN SL, ELEKTA MEDICAL SAU, OLYMPUS IBERIA SAU, PALEX MEDICAL SA, PHILIPS IBERICA SA, SIEMENS SA y TOSHIBA MEDICAL SYSTEMS SA, quedando absueltas de cuanto derive de las presentes actuaciones. B) Declaro improcedente el despido de que fuera objeto el actor el 1-1-2016, condenando a la MANTENIMIENTO ELECTROMEDICO SA, a optar entre readmitir al actor en las mismas condiciones que regían la relación con anterioridad al despido, con abono de los salarios de tramitación a razón de 72,61 euros/día, o dar por extinguido su anterior contrato contra el abono de la suma indemnizatoria de 52.950,84 euros, absolviendo desde el fondo a UTE DRAGER GIROA SANIDAD BIZKAIA UNION TEMPORAL DE EMPRESAS (formada por GIROA SA y DRAGER MEDICAL HISPANIA SA) y a OSAKIDETZA de cuanto se pedía

TERCERO .- Frente a dicha sentencia el actor y la empresa condenada interpusieron recursos de suplicación separados, que fueron objeto de impugnación.

CUARTO.- Elevados, por el Juzgado de lo Social de referencia, los autos principales, en unión de la pieza separada de los recursos de suplicación, los mismos tuvieron entrada en esta Sala el 23 de febrero de 2017, fecha en la que se emitió diligencia de ordenación, acordando la formación del rollo correspondiente y la designación de Magistrado-Ponente.

QUINTO.- Por providencia de 3 de marzo de 2017 se señaló, para la deliberación y fallo del asunto, la audiencia del día 14 de ese mismo mes, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que subyacen en los recursos sometidos a la consideración de la Sala son, en síntesis, los siguientes:



1º) El actor en el proceso ha trabajado, como técnico especialista, por cuenta de las sucesivas empresas encargadas del servicio de mantenimiento de los equipos de electromedicina los centros de Osakidetza ubicados en el área de salud de Bizkaia, desarrollando últimamente sus funciones en el Hospital de Galdakao y en los ambulatorios de la comarca.

2º) En el año 2011, la mercantil Mantenimiento Electromecánico SA (Mantelec) se subrogó en su relación laboral conforme a lo previsto en el pliego de condiciones, según el cual el objeto de la contrata comprendía la realización de una primera intervención sobre todos los equipos instalados en los centros propiedad de Osakidetza, y la reparación de los que no fuesen de alta tecnología, respecto de los cuales la contratista se limitaba a la diagnosis inicial, subcontratándose su arreglo a terceros.

3º) Mantelec atendía el servicio con 23 trabajadores, adscritos a los diferentes establecimientos sanitarios. Según los documentos obrantes en autos, a los que remite el hecho probado décimo de la sentencia, en realidad eran 24, 22 fijos y 2 temporales.

4º) En el concurso convocado en 2014, la contratación se fraccionó en 18 lotes, constituyendo el objeto del nº 7 "el mantenimiento preventivo y correctivo del equipamiento de de electromedicina de los centros de Osakidetza ubicados en el área de salud de Bizkaia", consistiendo su cometido primordial en la gestión y primera intervención de la totalidad de los equipos incluidos en los diferentes lotes, y la derivación de la avería a la adjudicataria concreta del lote en el que se comprende el mantenimiento del equipo de que se trate, así como el mantenimiento y reparación de los equipos que se relacionan. Los demás lotes tenían por objeto el mantenimiento específico de determinadas máquinas.

5º) El lote nº 7 le fue adjudicado a UTE Drager, a la que Mantelec remitió un listado de 22 trabajadores subrogables, excluidos los dos temporales; así consta en la carta a la que hace referencia el hecho probado décimo, en lugar de los 18 consignados en el ese ordinal. La diferencia se explica porque en el documento interno elaborado por Mantelec, mencionado en ese mismo apartado, la cifra se reducía a 18 al excluir a 4 técnicos de mantenimiento que trabajaban el Hospital de Cruces con la indicación de que 3 se quedaban en Mantelec para efectuar otros trabajos en la zona y uno había solicitado la excedencia voluntaria el 3 de enero de 2016 e ingresado en General Electric, así como a un responsable de centro con la indicación que se quedaba como responsable de la zona de Bizkaia y a la administrativa de la Delegación, y se incluía a los 2 trabajadores temporales La UTE se opuso a la exigibilidad del deber de subrogación,

6º) De los 26 trabajadores contratados por la UTE para atender el servicio adjudicado, 10 habían prestado servicios para Mantelec. De ellos, dos eran los temporales.

A la vista de los hechos que acabamos de resumir, el órgano de de instancia no obstante reconocer que la contrata a estudio descansa esencialmente en la mano de obra y que la delimitación contractual del objeto del servicio asignado a la UTE es sustancialmente el mismo que el que llevaba a cabo Mantelec, descartó la existencia de un supuesto de sucesión de empresas en la modalidad de sucesión de plantillas. Argumenta al respecto que los operarios de Mantelec contratados por la UTE representaban un 44 % de la plantilla, a lo que se une que no se ha acreditado el peso específico y la capacidad de los acogidos para organizar los medios materiales que operan la unidad en su conjunto. Consecuentemente, y no apreciando causa válida para la extinción del contrato del actor, condenó a Mantelec a hacer frente a las consecuencias derivadas de su calificación como despido improcedente.

SEGUNDO.- Tal como se ha reflejado en los antecedentes de esta resolución, son dos los recursos de suplicación que se han presentado contra el expresado pronunciamiento, de los que uno lo promueve la mercantil condenada y, el otro, el actor.

En ambos se descubren dos líneas de ataque a la sentencia de instancia con diferencias menores en cuanto a los argumentos esgrimidos en su apoyo, que no impiden su estudio conjunto, si bien Mantelec se limita a solicitar su absolución y la condena de la UTE, mientras que el trabajador interesa, además, que se condene solidariamente al Servicio Vasco de Salud.

La vía principal que siguen para lograr los objetivos señalados la ofrece el Decreto 106/2008, de 3 de junio, del Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco, en tanto establece que *"en las sucesivas adjudicaciones de un mismo servicio, y a fin de hacer posible la estabilidad de las plantillas, se garantizará por parte de las nuevas adjudicatarias la subrogación de los/as trabajadores/as"*.

Para los recurrentes, esta disposición, oportunamente invocada en el acto de juicio, obliga a Osakidetza a incluir la cláusula de subrogación obligatoria en los pliegos de todos los concursos, lo que en el enjuiciado no hizo, sin que concurriesen razones objetivas para ello al existir identidad en el objeto de servicio que aprobó sacar a licitación, actuación que debe reputarse viciada de nulidad y determinar la condena de la UTE y, a juicio del demandante, también la del Servicio Vasco de Salud.



El Letrado del mencionado Organismo Público en los escritos de impugnación que ha formulado se opone a ese alegato planteando las siguientes objeciones: 1ª) la cuestión relativa a la omisión del deber de subrogación en el pliego para la contratación del servicio fue debatida en sede administrativa y resuelta negativamente por el órgano administrativo de recursos contractuales de esta Comunidad, por lo que no habiéndose impugnado la decisión adoptada, ante los órganos jurisdicciones del orden contencioso-administrativo, no cabe suscitarla ante los tribunales laborales; 2ª) la inclusión de dicha cláusula no resultaba procedente, dadas las características del nuevo concurso, dividido en 18 lotes; 3ª) la atribución de responsabilidad solidaria a su representada carece de apoyo normativo. Por su parte, el Letrado de la UTE esgrime como argumento adicional que el acuerdo que sanciona el Decreto citado no puede obligar a quienes no tuvieron intervención en él. La representación procesal de Drager Medical Hispania SA ha expresado asimismo su disconformidad con la tesis expuesta de contrario en base a consideraciones similares.

I.- La norma a la que apelan los recurrentes no puede servir de título jurídico en el que fundar la condena de la UTE.

Acomodando al presente caso los razonamientos vertidos por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en las sentencias de 4 de junio de 2013 (Rec. 58/12) y 14 de septiembre de 2015 (Rec. 191/14), dictadas en relación a un acuerdo colectivo suscrito por una Corporación pública a los mismos efectos que el analizado, la obligación de la nueva adjudicataria de subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a una contrata de servicios, no deriva de un Decreto que no se la impone y recoge un Acuerdo extraño a ella, sino, en su caso, del pliego de condiciones del concurso aprobado por el Servicio Vasco de Salud, que es el que está vinculado por el pacto plasmado en el Decreto.

Pues bien, la realidad incuestionable es que Osakidetza, en el pliego para la contratación del servicio de mantenimiento no incluyó la cláusula de subrogación, sin que los sujetos que contaban con la legitimación requerida para ello impugnasen su actuación ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, o accionasen ante los tribunales laborales en la forma expuesta en las sentencias anteriormente referenciadas, por lo que la UTE se limitó a someterse a las condiciones establecidas por Osakidetza, entre las que no figuraba la referida a la subrogación. Ninguna responsabilidad se le puede atribuir, por tanto, por esta vía por el hecho de no haberse hecho cargo de la relación laboral del actor, a lo que no estaba contractualmente obligado, y tampoco por mandato legal o convencional.

II.- La disposición que invocan los alzados en suplicación tampoco puede servir de cobertura para condenar al Servicio Vasco de Salud de manera conjunta y solidaria con la UTE, como pretende el trabajador.

Desde una perspectiva general, el incumplimiento injustificado de la obligación de incorporar la previsión debatida al pliego de condiciones podría dar lugar, en su caso, a la exigencia de responsabilidad administrativa ante los tribunales del orden contencioso-administrativo, pero no a responsabilidad laboral, lo que carece de respaldo legal, y menos aún a que Osakidetza tenga que hacer frente a las consecuencias de la declaración de improcedencia de un despido respecto de las cuales carece de facultad de elección al no gestionar el servicio.

Pero es que, descendiendo al plano de lo concreto, y sin perjuicio de la conclusión a la que finalmente ha llegado el juzgador de instancia en orden a la identidad sustancial entre el servicio que llevó a cabo Mantelec y el correspondiente al lote nº 7 del nuevo concurso, lo cierto es que los trabajadores afectados consintieron la resolución del órgano administrativo de recursos contractuales del País Vasco, por lo que, equivocada o no, la decisión del Servicio Vasco de Salud devino firme y consentida, sin que los perjudicados agotasen los medios ordinarios disponibles para controvertir la omisión denunciada lo que en todo caso excluye la responsabilidad administrativa.

TERCERO.- El otro precepto que esgrimen los recurrentes en pro de la revocación del fallo de instancia es el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, puesto en conexión con la Directiva 2001/23 que transpone y con la doctrina jurisprudencial que lo interpreta.

Frente a la respuesta dada por la sentencia impugnada, sostienen, en síntesis, que el parámetro a considerar para dilucidar si la UTE se hizo cargo de la mayor parte de los trabajadores de Mantelec es la plantilla que ésta tenía ocupada en el servicio y no la que acredita la entrante, y que conforme a ese criterio la UTE empleó a más del 50 % de los trabajadores de la anterior adjudicataria, a lo que se une que las funciones que desarrollaban todos los técnicos, con la formación y experiencia profesional necesaria, eran de la misma relevancia, por lo que concurren los requisitos para que se considere producida una sucesión de plantillas.

En este punto, el protagonismo impugnatorio lo asumen en mayor medida la UTE y Drager Medical Hispania SA, que esgrimen una panoplia de argumentos en contra de la solución preconizada por los recurrentes. De ellos, dos constituyen, en realidad, causas de oposición subsidiarias que no fueron estimadas en la instancia y que inciden en dos presupuestos imprescindibles para que pueda apreciarse el fenómeno de la sucesión



de plantillas en el contexto en el que nos situamos, cuáles son que el elemento esencial de la contrata lo constituya la mano de obra y que se mantenga la identidad sustancial en el objeto del servicio prestado.

I.- En lo que respecta a estas dos cuestiones, lo primero que hay que advertir es que su planteamiento resulta defectuoso desde el punto de vista de la técnica procesal, no sólo porque en los escritos de impugnación no se hace ninguna mención a la posibilidad que ofrece al efecto el artículo 197.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, sino, lo que es más importante, porque su formulación no se atiene a lo previsto en el artículo 196 de esa misma norma, al que remite la anteriormente citada; incumplimiento que ha afectado negativamente a la garantía de contradicción y ha mermado el derecho de defensa de los recurrentes que, como consecuencia del mismo, no han podido evacuar alegaciones en torno a esos temas en los términos previstos en el artículo 197.2 del mencionado Texto Adjetivo.

Lo anteriormente señalado basta para rechazar lo que no son sino simples consideraciones incidentales, que no aparecen configuradas como motivos de oposición subsidiarios no estimados en la sentencia y que, como tales, carecen de virtualidad para, caso de que la Sala acogiese la tesis defendida en los recursos, confirmar el fallo de instancia con base en argumentos expresamente rechazados por el juez "a quo".

II.- A mayor abundamiento, el Tribunal no puede compartir la afirmación de que el mantenimiento de los equipos de electromedicina de los hospitales y centros de salud del Servicio Vasco de Salud de Bizkaia es una actividad que no se basa, de forma esencial, en el empleo de mano de obra. Al respecto, lo que se declara probado en el ordinal segundo del apartado histórico de la sentencia, en términos que no han sido combatidos en esta fase, es que la contribución de Mantelec para poder prestar el servicio encomendado se ceñía, aparte de la puesta a disposición del personal necesario, a la aportación de herramientas o pequeño utillaje, de lo que se infiere la escasa entidad y significación de los elementos materiales comprometidos en su ejecución, y que el elemento fundamental era el capital humano que representaba una fuerza de trabajo preparada, con experiencia en los equipos a su cargo, y con la competencia necesaria para asegurar el correcto funcionamiento de unas máquinas indispensables para una adecuada prestación sanitaria y, a la vez, susceptibles de provocar graves perjuicios a los beneficiarios.

El elemento clave y de mayor relevancia en la contrata era, sin duda, la cualificación y experiencia en el trabajo de los técnicos, del que depende la eficacia y seguridad del servicio de mantenimiento prestado, y no los elementos materiales que les facilitaba Mantelec para la realización de las funciones encomendadas.

La UTE recurrida discrepa de la conclusión judicial, argumentando que conforme a lo previsto en el apartado 14 del pliego de condiciones, además de las herramientas tuvo que aportar otros elementos materiales, como instrumentos de medida y control, medios de comunicación, equipamiento para la gestión informatizada del servicio y medios de transporte, pero el éxito de este alegato choca con varios obstáculos; por un lado, su falta de sustento en el relato fáctico de la sentencia de instancia, sin que la parte haya solicitado la inclusión de ese dato en el mencionado apartado; por otro, el que representa la falta de prueba acerca de la naturaleza y valor económico de los bienes efectivamente incorporados por la UTE, lo que impide afirmar con un mínimo conocimiento de causa que tengan notoria importancia para el desarrollo de la actividad; finalmente, la circunstancia que hace valer no desvirtúa el hecho probado de que hasta el 31 de diciembre de 2015 la contratista se limitaba a aportar el pequeño utillaje, que es el elemento referencial que hay que tener en cuenta.

Otro horizonte de análisis se abriría si las condiciones del nuevo concurso difiriesen notablemente de las del precedente, como sucedería, por ejemplo, si el factor humano se sustituyese en buena medida por medios materiales, pero no es ese el panorama al que nos enfrentamos, habida cuenta de que el número de trabajadores adscritos al desarrollo de la actividad, lejos de reducirse, ha aumentado, pasando de 24 a 26, también por imperativo del pliego, por lo que la exigencia de medios materiales adicionales en el nuevo concurso, no basta para negar que el servicio de mantenimiento, que se remonta a mucho tiempo atrás, encuentra sustento básicamente en la mano de obra especializada involucrada en su prestación. Cuestión distinta es la repercusión que el extremo reseñado por la UTE pueda tener de cara a futuros concursos.

III.- Tampoco puede acoger este Tribunal el argumento relativo a que el servicio de mantenimiento contratado con la UTE es sustancialmente distinto al concertado con Mantelec. De la relación de probanzas de la sentencia, no impugnada en suplicación por el cauce procesal adecuado, se deduce que el objeto de la anterior contrata comprendía la realización de una primera intervención sobre todos los equipos de electromedicina instalados en los centros del área de salud de Bizkaia propiedad del Servicio Vasco de Salud, y la reparación de los que no fuesen de alta tecnología, respecto de los cuales Mantelec se limitaba a la diagnosis inicial, subcontratándose su arreglo a terceros. Por su parte el objeto de la nueva contrata en lo que respecta al lote 7 adjudicado a la UTE consistía en el "mantenimiento preventivo y correctivo del equipamiento de electromedicina de los centros de Osakidetza ubicados en el área de salud de Bizkaia", consistiendo su cometido primordial en la gestión y primera intervención de la totalidad de los equipos incluidos en los



diferentes lotes, y la derivación de la avería a la adjudicataria concreta del lote en el que se comprende el mantenimiento del equipo de que se trate, así como el mantenimiento y reparación de los equipos que se relacionan.

De la valoración de estos datos el juzgador de instancia extrajo la conclusión de que el objeto de la contrata previa y de la referida al lote 7 era sustancialmente el mismo, decisión que la Sala debe ratificar al no apreciar en el cotejo que efectúa ningún error que justifique su corrección.

CUARTO.- Despejados los puntos anteriores procede examinar los dos motivos de adición fáctica que, con la finalidad de reforzar la idea de la sucesión de plantilla, articula la empresa recurrente.

Con uno de ellos, quiere dejar constancia de que la UTE contrató a un total de 20 técnicos para el desempeño de las tareas correspondientes al lote 7, y con el otro que de los 10 que prestan servicios para ella 9 suscribieron contratos de trabajo indefinido a tiempo completo con la UTE, y, el restante, un contrato eventual tipo 401, así como que de esos nueve, cuatro ya habían trabajado para Giroa.

Ninguno de esos motivos merece favorable acogida. El primero, porque se basa en las fotocopias de los contratos de trabajo aportados con el escrito de formalización, cuya inadmisión se impone al ser de fecha anterior al juicio, en el que pudieron haberse aportado si la ahora recurrente hubiese solicitado oportunamente su presentación. El segundo, por la irrelevancia del dato referido a la duración de los contratos concertados con los 10 trabajadores que habían prestado servicios para Mantelec a efectos de la aplicación de la doctrina de la sucesión de plantillas.

La respuesta a la alegación efectuada por los recurrentes sobre la concurrencia de los presupuestos exigidos para apreciar esa modalidad de sucesión de empresa, debe ir precedida de un recordatorio de la doctrina comunitaria que la introdujo y de la jurisprudencia social que la aplica.

En cuanto a la primera, en sus sentencias de 20 de enero y 6 de septiembre de 2011 (asuntos C-463/09 y C-108/10), con cita de las anteriores, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puso de relieve un doble aspecto; de un lado, que un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad basada, de manera sustancial, en el empleo de mano de obra, sin requerir elementos de activo significativos, puede constituir una entidad económica en el sentido de la Directiva 2001/23; de otro, que la asunción de una actividad de esa índole puede entrañar una transmisión de empresa cuando el nuevo titular se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor había dedicado a su desarrollo, supuesto en el que lo que adquiere en realidad es un conjunto organizado de elementos que le permite continuar la actividad de la empresa cedente de forma estable.

En esa misma línea, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de julio de 2016 (Rec. 102/15), sostiene que en sectores de actividad en los que el factor principal de producción es la mano de obra, y los medios materiales aportados por la contratista para prestar el servicio al que se compromete, son irrelevantes o menos importantes que el factor humano, se produce una sucesión de empresa cuando la nueva empresa adjudicataria contrata a la mayor parte del personal de la anterior, pese a no tener obligación de hacerlo.

El propio Tribunal señala que para que se de la figura de la sucesión de plantillas es necesario que la nueva adjudicataria incorpore "a una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la empresa saliente" (sentencia de 5 de marzo de 2013, Rec. 3984/11); o dicho en otros términos, a "una parte esencial, en términos de número y capacitación, del personal de la anterior" (sentencia de 23 de noviembre de 2016, Rec. 795/15); o a "una parte sustancial o cuantitativamente elevada de la plantilla anterior (¿) para que la actividad productiva se conduzca de manera autónoma" (sentencia de 22 de septiembre de 2016, Rec. 1438/14).

Si proyectamos la doctrina expuesta al presente caso nos encontramos con que la nueva titular del servicio ha incorporado a su plantilla a menos de la mitad de los trabajadores que la saliente tenía adscritos a la contrata (10 de un total de 24), por lo que no se cumple el requisito cuantitativo exigido para conceptuar el supuesto como de sucesión de plantillas, sin que frente a lo que razona la empresa recurrente el juzgador haya tomado como término de comparación el número total de trabajadores contratados por la UTE conforme a lo preceptuado en el pliego, sino los 23 computados por error en lugar de los 24 que realmente trabajaban para Mantelec en razón de la contrata.

En lo que respecta al aspecto cualitativo, es verdad que los trabajadores que ha acogido la UTE son técnicos especializados, con la capacidad necesaria para la adecuada realización del servicio, pero no lo es menos que, como reconoce la propia recurrente, en ellos no concurren circunstancias singulares que permitan neutralizar el valor y significado del aspecto cuantitativo.



Por otra parte, la UTE no ha incorporado a los trabajadores que conformaban la estructura administrativa de la contrata, y no consta haya mantenido la anterior organización de trabajo.

La conclusión a la que se llega es, por tanto, la de que la asunción voluntaria por la UTE de 10 de los 24 empleados de la empresa saliente, con quienes celebró nuevo contrato de trabajo, sin reconocimiento de antigüedad, no determinó la existencia de una transmisión de empresa por sucesión de plantilla, por lo que la UTE no estaba obligada a subrogarse en el contrato de trabajo del actor.

Al declararlo así, la sentencia de instancia no infringió el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que procede su confirmación.

QUINTO.- Atendiendo a lo prevenido en el artículo 204 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, la desestimación del recurso formalizado por la empresa Mantelec conlleva la pérdida del depósito de 300 euros efectuado para recurrir en beneficio del Tesoro Público y la aplicación de la cantidad de condena consignada al cumplimiento del fallo de la sentencia impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLAMOS

Desestimamos los recursos de suplicación interpuestos por D. Bernabe y Mantenimiento Electromédico, S.A. contra la sentencia de fecha 21 de julio de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de los de Bilbao, en proceso sobre Despido, confirmando lo resuelto en la misma.

Se decreta la pérdida del depósito de 300 euros constituido por la mercantil recurrente, en beneficio del Tesoro Público, en donde se ingresará una vez sea firme esta resolución. Aplíquese, entonces, al cumplimiento de la sentencia la cantidad de condena consignada.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen, para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

VOTO PARTICULAR

que formula el Ilmo Sr, Magistrado D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI en el recurso 434-17, el que se basa en el art. 260 LOPJ y el siguiente Fundamento de Derecho que paso a exponer:

UNICO: Discrepo respetuosamente de la sentencia mayoritaria y aunque coincido plenamente con el desarrollo que se efectúa en los tres primeros de sus Fundamentos de Derecho, sin embargo, me separo de la conclusión que se obtiene en el cuarto y, a mi entender, debían estimarse los recursos interpuestos y ello porque considero que concurre un supuesto de sucesión de empresa que tiene cabida en el art. 44 ET.

En efecto, parto de una primera consideración que me parece esencial a los efectos de resolver la presente Litis, la misma es que la sucesión de empresa se presenta como un instituto de permanencia y estabilidad en el empleo que se corresponde con la previsión del art. 35 de la Constitución, en cuanto que el derecho al trabajo debe conceptuarse como un derecho estable y permanente, lejano de la precariedad, volatilidad o inestabilidad. Entre las figuras que sirven para dar validez al derecho al trabajo se encuentra la sucesión de empresa. La misma nace de una experiencia histórica que determina la fragilidad y debilidad del trabajador frente a los fenómenos empresariales, las adquisiciones, y tráfico mercantil. La sucesión, a mi entender, se presenta como un margen de derecho indisponible que supone que la negociación colectiva (fuente primigenia, original y única del derecho laboral) encuentra un techo en las realidades empresariales, y de aquí el que se haya dispuesto una norma que fija y mantiene la continuidad en el trabajo pese a los fenómenos de interposición del sujeto empresarial. Este carácter de derecho esencial implica que no exista una posible disponibilidad de las partes del fenómeno subrogatorio. Y, siempre a mi entender, nos encontramos en el caso que examinamos, precisamente, ante una especie de disponibilidad del derecho de subrogación, y por expansión del Derecho del Trabajo, cuyo origen está en su carácter de orden público e indisponibilidad.

Así es. Se pretende en nuestro supuesto una especie de configuración unidimensional del derecho social por parte de las empresas. Con la desestimación que se efectúa de la pretensión actora lo que está aconteciendo



es que la arquitectura configurada por la contrata obtiene un resultado no deseable, como es que el derecho social, en la configuración que ha efectuado de los fenómenos de interposición empresarial, quede desvirtuado y al margen de la realidad acontecida. Se trata, en definitiva, de evaluar la configuración de un arquetipo que realizan los sujetos empresariales para disponer según su interés del derecho al trabajo, con un añadido consistente en que se está subrogando en la nueva contrata a parte del personal, y rechazando al resto. Esta actuación se formatea de manera que con causa en la diversa división de lotes, y la parcial configuración de la subrogación de plantillas, se dejan al margen los derechos del trabajador, al que se le despatrimonializa de su derecho subrogatorio dejándosele al margen de un proceso en el cual él no es un simple elemento productivo sino el sujeto de la relación laboral. Se considera al demandante igual a como puede ser la herramienta o la maquinaria, obviando su carácter no solo personal, sino trascendental en cualquier fenómeno de continuidad empresarial.

Pero, al margen de esta consideración inicial, a mi entender básica, hay varios elementos que creo que son de suficiente entidad para mantener que el art. 44 ET, y la jurisprudencia tanto comunitaria como nacional que la interpretan, debían aplicarse en toda su extensión:

En primer termino, ha existido una continuidad en la actividad, y este es el postulado del que parte el voto mayoritario, en cuanto que se indica que el lote siete es el que correspondía con la actividad que venía realizando el trabajador;

En segundo lugar, hay una trayectoria histórica de las distintas sucesiones que constata que para las anteriores contrataciones se ha establecido una subrogación. Al ser esto así, lo que deberá demostrarse ahora (principio de carga probatoria, art. 217 LEC), es que la cuestión ha variado actualmente de tal forma que ya no es posible el entender que nos encontramos ante un fenómeno de sucesión, porque la situación ya no es la misma ni comparable con las previas sucesiones empresariales. Y ello no se acredita en este proceso, donde nos volvemos a encontrar con la realidad que he indicado en el punto anterior: la actividad en su extensión y contorno ha permanecido en el denominado lote siete del que ha sido adjudicataria la UTE;

Tercero, han continuado los trabajadores, y no voy a entrar en su número, pero desde luego sí que voy a partir del que considero que es un hecho que consta en la sentencia y que es el décimo, y es que hay una lista de 18 trabajadores subrogables de los cuales 10 han continuado. Estamos ante un supuesto de sucesión de plantillas, y, aunque diésemos por válido un 44% de trabajadores que han sucedido, nos acercamos a la mitad del grupo de trabajadores, y ello me invita a tener una nueva consideración que es la siguiente;

En cuarto lugar, el rechazar que nos encontremos ante un supuesto de sucesión de plantillas porque se indica que no es personal especialmente cualificado el que se ha subrogado no considero que sea una valoración que tenga cabida en el art. 44 ET. Pero, aunque la tuviese, nos encontramos ante una adjudicación de atención y mantenimiento de material altamente delicado. Con independencia de los lotes específicos atribuidos a las casas fabricantes o encargadas del mantenimiento, lo cierto es que los trabajadores que han cesado venían realizando la actividad primera de diagnóstico de la avería también del material excluido, y ello se corresponde con lo que es una práctica habitual con este tipo de elementos sanitarios. Las casas de mantenimiento no suelen ofertar una atención inmediata, suelen estar ubicadas fuera de la comunidad, y su personal requiere descripciones sobre lo sucedido para poder realizar los desplazamientos con resultados efectivos. El demandante muestra una importante cualificación, y en general los trabajadores técnicos de la contrata la tienen. Este carácter me inclina a considerar que esa consideración que se realiza en el voto mayoritario respecto a personal no cualificado que ha continuado, carece de relevancia, porque todo el personal de la contrata es cualificado. Me basta examinar la anterior adjudicación para apreciar la titulación del actor y de sus compañeros, y el requisito exigido sobre ello. Son todos los operarios cualificados, muestran conocimientos y formación específica, son, todos, importantes para la contrata y este es el servicio que se ha contratado. Y ello, vuelvo a remarcar, nos conduce a determinar que ha existido una continuidad de plantillas, pues la misma no puede ser configurada unilateralmente por el empresario, pues se dejaría a su libre arbitrio la determinación de la subrogación o su exclusión;

Y, por último, creo que el espíritu que debe regir en todas las actividades públicas es el que ha consagrado la Ley 3/2016 de 7 de Abril, de esta CAPV, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública. Es la sucesión una prioridad dentro del Gobierno legislativo de esta Comunidad y si anteriormente se venía haciendo, parece que no puede establecerse una solución de continuidad respecto aquello que se había configurado.

En resumen, creo que en todo el procedimiento subyace una idea latente, y es que se ha configurado el elemento sucesorio de tal manera que existen elementos formales de exclusión de la aplicación del art. 44 ET cuando la realidad es la de la concurrencia de los requisitos de subrogación.



Estos son los argumentos que he expuesto en la deliberación y que no fueron atendidos en la misma, por lo que los expreso a través del presente voto, del que su conclusión es diferente a la que resultó en la ponencia mayoritaria.

Así por este mi Voto particular, lo pronuncio mando y firmo

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada el anterior Voto particular por el Ilmo Sr. Magistrado que la suscribe junto con la sentencia, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0434-17.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000- 66-0434-17.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.