



Roj: **STS 4760/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4760**

Id Cendoj: **28079140012017100945**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2017**

Nº de Recurso: **2657/2016**

Nº de Resolución: **1027/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2657/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1027/2017

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 19 de diciembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación del Ministerio de Defensa, Delegación de Defensa en Burgos, contra la sentencia dictada el 8 de junio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos en recurso de suplicación nº 308/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 5 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Burgos, en autos nº 103/16, seguidos a instancia de D.^a Cecilia contra Unión Castellana de Alimentación UCALSA SA y el Ministerio de Defensa sobre despido.

Han comparecido en concepto de recurridos Unión Castellana de Alimentación UCALSA SA representada por el procurador Sr. García Guardia y asistida por la letrada Sra. Espinosa Rodrigo y, D.^a Cecilia representada por la letrada Sra. Rodríguez Plaza.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5 de abril de 2016, el Juzgado de lo Social nº 3 de Burgos, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando parcialmente como estimo en su petición subsidiaria la demanda interpuesta por Doña Cecilia contra Unión Castellana de Alimentación UCALSA SA y el Ministerio de Defensa, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de la demandante, condenando al Ministerio de Defensa a que en un plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre readmitirle en el mismo puesto, condiciones y efectos, con abono, en este caso, de los salarios dejados de percibir desde la



fecha del despido (31.12.15) hasta la notificación de la sentencia, o indemnizarle en la suma de 31.074,55 €, con absolución de Unión Castellana de Alimentación UCALSA SA.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «PRIMERO. - La actora, Doña Cecilia , prestó servicios por cuenta de Unión Castellana de Alimentación UCALSA SA desde el 8 de mayo de 2001, con categoría de cocinera, jornada a tiempo completo, centro de trabajo en la base militar Cid Campeador (Burgos) y salario mensual, incluida parte proporcional de pagas extraordinarias, de 1539,48 €, abonado mediante ingreso en cuenta corriente, en virtud de contrato indefinido. SEGUNDO. -Dicha empresa resultó adjudicataria con efectos de uno de enero de 2015 del servicio de restauración colectiva en las unidades, centros u organismos del Ejército de Tierra en la provincia de Burgos (en concreto, en los acuartelamientos Diego Porcelos, Capital Mayoral, Base Cid Campeador y Polvorín de Ibeas), que comprendía: 1.- Selección y compra de alimentos y materias primas, y la determinación de productos y cantidades adecuados para la prestación del servicio contratado 2.- Recepción, almacenamiento y custodia de los alimentos y materias primas. 3.- La confección de las propuestas de menús, según lo estipulado en el PPT. 4.- La manipulación y cocinado de los productos alimentarios necesarios para la confección de los menús autorizados. 5.- El emplatado centralizado de comidas en bandejas isotérmicas y el envasado individual de las raciones en frío. 6.- El servicio y distribución de la comida en los locales y horarios establecidos. 7.- La recogida, limpieza y desinfección de los utensilios y menaje de cocina y comedor empleados, dejándolos en condiciones adecuadas para el siguiente uso. 8.- La limpieza y desinfección general de los elementos e instalaciones empleados en todo el proceso de restauración (cocina, cámaras frigoríficas, utillaje de distribución y reparto, etc.). 9.- La limpieza de los sanitarios, vestuarios y resto de locales habitualmente utilizados por el personal de la empresa adjudicataria así como proporcionar los productos utilizados a tal fin. La recogida, embolsado y traslado a los puntos indicados por cada UCO/BAE de los residuos generados, según la normativa vigente. 10.- El mantenimiento, y reposición en su caso, de los elementos e instalaciones empleados en todo el proceso de restauración (cocina, cámaras frigoríficas, utillaje de distribución y reparto, menaje de cocina y comedor, etc.). Para los centros Acuartelamiento Capitán Mayoral y Polvorín de Ibeas se fijó en el Pliego de Prescripciones Técnicas un servicio de restauración externo por el que el primero recibía la comida confeccionada del Acuartelamiento Diego Porcelos y el segundo de la Base Cid Campeador. TERCERO.- En el punto 2.5 del Pliego de Prescripciones Técnicas se dispone que el Ejército de Tierra aportara las instalaciones correspondientes (cocina y comedores), así como los aparatos, maquinaria y menaje que se detallan en los inventarios que deberán ser firmados de conformidad por la empresa adjudicataria, que se compromete a mantener en perfecto estado de conservación y funcionamiento, siendo responsable de su mantenimiento y reparación. Tales locales y materiales constan en el Anexo B-2 del citado Pliego, obrante como documento 6 de UcalSA SA, que se da por reproducido. Igualmente se dispone que la adjudicataria presentará mensualmente la facturación de la comida al Ejército de Tierra. El punto 2.6 establece que la limpieza y desinfección de la cocina y de los comedores, así como los materiales necesarios para llevarla a cabo serán de cuenta de la empresa adjudicataria. CUARTO. - Con fecha de efectos 31 diciembre 2015 la empresa adjudicataria cesó en su servicio, que pasó a ser realizado por el Ministerio de Defensa, el cual ha venido actuando, desde el uno de enero de 2016, en las mismas instalaciones, con los mismos proveedores, materiales y enseres y semejantes menús y horarios que la anterior adjudicataria, siendo el personal militar quien realiza los servicios de cocina y limpieza, a los que se unen dos trabajadores por cuenta ajena. QUINTO.- Con fecha 28 diciembre 2015 UcalSA SA comunicó a la parte actora que con efectos de 31 diciembre 2015 se produciría la sustitución de la persona del empleador, que pasaría ser el Ministerio de Defensa, al cual se subrogaría en todos los derechos y obligaciones derivados de su contrato de trabajo en los términos establecidos en el artículo 44 ET . En esta última fecha UcalSA SA dio de baja en Seguridad Social a la demandante, sin que por parte del Ministerio de Defensa se haya procedido a hacer efectiva la subrogación o a contratarla. La misma comunicación se ha entregado a otras 20 trabajadoras, respecto a las que tampoco se ha hecho efectiva la subrogación. Del total, 14 personas trabajaban en la Base Cid Campeador, 5 en el acuartelamiento Diego Porcelos, 1 en el polvorín de Ibeas y 1 en el acuartelamiento Capital Mayoral. SEXTO. -La actora no ostenta cargo de representación legal o sindical de los trabajadores. SEPTIMO.- Con fecha 20.1.16 se interpuso reclamación previa que no consta resuelta de forma expresa. Con fecha 27.1.16 se celebró acto de conciliación ante la UMAC en virtud de papeleta de 20.1.16, que concluyó sin avenencia. OCTAVO. -Con fecha 2.2.16 se interpuso demanda que fue turnada a este Juzgado.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el Ministerio de Defensa, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, dictó sentencia en fecha 8 de junio de 2016 , en la que consta el siguiente fallo: «Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por el MINISTERIO DE DEFENSA, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Burgos, en autos número 103/2016, seguidos a instancia de DOÑA Cecilia , contra, UNIÓN CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN UCALSA S.A. UCALSA S.A., MINISTERIO DE DEFENSA DELEGACIÓN DE DEFENSA EN BURGOS, en reclamación sobre Despido. y, en su consecuencia, debemos confirmar y



confirmamos la sentencia recurrida. Se acuerda la condena en costas de la parte recurrente, debiendo abonar a cada uno de los Letrados impugnantes en concepto de honorarios la cantidad de 600 euros.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, el Abogado del Estado en nombre y representación del Ministerio de Defensa, Delegación de Defensa en Burgos, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La-Mancha de fecha 8 de octubre de 2015 (Rec. nº 878/15).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 19 de diciembre de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El Abogado del Estado, en la representación que ostenta del Ministerio de Defensa, formula el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede en Burgos, de fecha 8 de julio de 2016, dictada en el rollo 308/2016, confirmatoria de la recaída en los autos nº 103/2016, del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Burgos, que calificó como despido improcedente la negativa de la Administración a subrogar a la actora después de haberse hecho cargo de la explotación de los servicios de comedor y cocina de la base militar Cid Campeador en la que la demandante trabajaba como cocinera por cuenta de la empresa adjudicataria, con los efectos legales inherentes a esa declaración.

2.- La única cuestión que se suscita en el recurso que se formula es la relativa a determinar si se ha producido o no una sucesión empresarial del art. 44 ET como consecuencia de haber asumido el Ministerio de Defensa a partir del 1 de enero de 2016, con sus propios medios, el servicio de restauración colectiva en el referido establecimiento militar - y en otros situados en la provincia de Burgos - que, en su día, fue objeto de concesión administrativa, y si, por ende, estaba obligado a subrogarse en la relación de trabajo de la demandante.

3. Para la sentencia impugnada tal cuestión merece una respuesta afirmativa con base en una doble consideración. De un lado, porque los servicios externalizados no descansan exclusivamente en la mano de obra, en cuanto que para su realización son precisos unos medios materiales "patrimoniales" relevantes en términos de cuantificación económica (mobiliario, cocinas, frigoríficos y demás utensilios y enseres necesarios) que el Ministerio de Defensa puso a disposición de la empresa concesionaria y que, de no existir, aquellos no se habrían podido prestar en los términos pactados. De otro, porque la actividad objeto del contrato administrativo de servicio ha revertido a la Administración que la sigue llevando a cabo con los mismos medios y para los mismos destinatarios, si bien con su propio personal. La Sala concluye, por todo ello, que el Ministerio debió haber subrogado a la demandante, integrada, junto a sus compañeros, en una misma unidad productiva.

SEGUNDO.-1.- Contra la referida sentencia recurre en casación para la unificación de doctrina el Ministerio de Defensa por entender que según doctrina jurisprudencial reiterada que cita, la extinción de una contrata y la asunción por la empresa principal con trabajadores propios de la actividad anteriormente descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de sucesión empresarial del art. 44 ET, en relación con la Directiva 2001/23/CE, y que en el presente caso no se concurre ninguna circunstancia que justifique la inaplicación de ese criterio general, puesto que por una parte la Administración no ha incorporado al personal de la empresa concesionaria y por otra no existe una entidad que mantenga su identidad después de la transmisión, aquí inexistente. Añade el recurrente que en caso contrario se estaría vulnerando además el art. 301.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

2.- Por el Abogado del Estado selecciona como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, el 8 de octubre de 2015 (rollo 878/2015) que, ante un supuesto similar alcanza diferente solución.

En la resolución referencial, la actora desarrollaba su labor como ayudante de cocina para la empresa concesionaria del servicio de comedor de la Universidad Laboral de Albacete, dependiente de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha. La Administración puso a disposición de la adjudicataria todo el material, menaje y enseres necesarios para llevar a cabo la actividad encomendada, que la concesionaria le reintegró a la terminación del contrato, tras lo que el servicio pasó a desempeñarlo la Consejería con su propio personal. La sentencia invocada como término de comparación, revocando la emitida en la instancia, declara que el cese de la demandante por finalización de la contrata constituye un despido improcedente y condena a la concesionaria cesante a arrostrar las consecuencias



legales inherentes, absolviendo expresamente a la Administración codemandada por entender que en la reversión del servicio de restauración colectiva y comedor no ha existido una sucesión de empresa en el sentido del art. 44 ET al no haberse producido transmisión de medios materiales, dado que todos los elementos y enseres fueron puestos a disposición de la contratista por la Administración, a la que luego revirtieron.

3. - El art. 219 LRJS exige como requisito para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que la sentencia impugnada sea contradictoria con alguna de las sentencias que menciona, y esta Sala, en numerosas resoluciones, ha señalado que dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre las más recientes, de 2 de febrero , 30 de junio , 13 de julio y 3 de octubre de 2017 , rec. 2012/2015 , 3402/2015 , 2744/2015 y 3033/2015).

4.- Tal como indica el Ministerio Fiscal en su informe y esta Sala ha tenido oportunidad de apreciar en sus sentencias de 19 de septiembre de 2017 (4) (rec. 2612/16 , 2629/16 2650/16 y 2832/16), dictadas en asuntos similares, seguidos a instancia de compañeros de trabajo de la actora en análoga situación, en los que el Ministerio de Defensa invocaba la misma sentencia referencial, de la comparación de ambas sentencias (recurrida y de contraste), se desprende la existencia de contradicción en los términos del art. 219 LRJS . Los supuestos de hecho de los que parten son sustancialmente iguales, y las pretensiones y los fundamentos coinciden. Sin embargo, las sentencias interpretan el art. 44 ET de manera diferente y adoptan pronunciamientos de signo opuesto.

Superado el requisito de la contradicción, procede examinar el único motivo de censura jurídica del recurso de cuyo contenido ya se ha dejado constancia.

TERCERO.- Como se ha adelantado, la cuestión debatida ha sido objeto de unificación por esta Sala en las sentencias anteriormente citadas, a cuyo criterio hemos de estar por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley.

Los argumentos desarrollados en las referidas sentencias para justificar la desestimación de los recursos formulados por el Ministerio de Defensa se pueden resumir del siguiente modo:

A) Según doctrina reiterada de la Sala, el hecho de que una Administración Pública decida hacerse cargo de un servicio, previamente descentralizado, para prestarlo de forma directa con su propia plantilla y con sus propios materiales no implica, necesariamente, que estemos en presencia de una sucesión de empresa comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CEE y, por ende, del art. 44 ET . A la misma conclusión llegó la STJUE de 20 de enero de 2011, Asunto CLECE (C-463/09) que aborda una decisión prejudicial para un supuesto de un Ayuntamiento español que decide extinguir la contrata de limpieza y asumirla con sus propios medios contratando nuevo personal.

B) Es también jurisprudencia constante que el hecho de que una Administración recupere la prestación del servicio, anteriormente externalizado, bien con los mismos trabajadores que tenía la empresa que prestaba el servicio, bien con las mismas instalaciones, maquinaria, infraestructura que las que utilizaba la empresa contratista, o bien con ambos elementos determina que, normalmente, estemos ante un supuesto de transmisión de empresa que está situado en el ámbito de aplicación del art. 44 ET .

C) El dato de que las infraestructuras o los medios materiales pertenezcan a la Administración que descentraliza y los 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, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español. Para el TJUE no hay duda de la aplicación de la Directiva cuando en un supuesto de reversión de contrata la reasunción de la actividad por parte de la Administración vaya acompañada de la transmisión de los elementos necesarios para desarrollar la actividad, entendidos tales elementos en un sentido amplio, de manera que incluya los activos materiales, inmateriales, la clientela, la analogía o similitud de la actividad desarrollada. Además, 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.

CUARTO.- La aplicación de las anteriores consideraciones al caso aquí contemplado conduce a la conclusión de que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia impugnada, por lo que, de acuerdo con el dictamen



del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso del Ministerio de Defensa, sin imposición de costas (art. 235.1 LRJS).

Como se ha visto, y destaca la Sala en las sentencias previamente reseñadas, estamos en presencia de una actividad externalizada, primero, y recuperada, después, que 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 que tengan un equipamiento importante y un utillaje adecuado, sin los cuales es imposible la realización del servicio encomendado. Los frigoríficos, congeladores, las cocinas, los hornos, y los utensilios de una cocina industrial se revelan como elementos materiales de importancia capital para la realización de la actividad contratada, teniendo un valor que, en absoluto, puede considerarse ni desdeñable ni marginal en la actividad de que se trata.

Junto al elemento subjetivo -es evidente que se ha producido un cambio en la titularidad de la utilización de los medios de producción afectos al servicio contratado-, resulta palmaria la concurrencia del elemento objetivo pues ha existido en la operación de reversión del servicio contratado la entrega de los elementos patrimoniales que resultan inevitables para la continuidad de la actividad, lo que revela la transmisión de un conjunto de medios que conforman una determinada actividad económica que mantiene su identidad tras la reasunción del servicio por parte del Ministerio de Defensa. No hay duda, por tanto, de la existencia de un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria. Conjunción de elementos que determina que estemos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 y del art, 44 ET . Sin que, por otra parte, resulte de aplicación el artículo 301.4 TRLCSP que se refiere a supuestos distintos - que se caracterizan, precisamente, por la ausencia de una transmisión empresarial-de los aquí contemplados en los que, como se avanzó, existe una sucesión de empresa en los términos que establece tanto la Directiva como el art. 44 ET . Sin 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 :

Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el MINISTERIO DE DEFENSA contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León -sede Burgos- de fecha 8 de junio de 2016 (rec. 308/2016) recaída en el recurso de suplicación formulado por dicha parte contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Burgos de fecha 5 de abril de 2016 los autos núm. 103/2016, seguidos a instancias de D^a Cecilia contra el Ministerio de Defensa y Unión Castellana de Alimentación UCALSA SA. Sin costas.

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 la Excm. Sra. Magistrada D.^a Rosa María Viroles Piñol 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.