



Roj: **STS 4780/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4780**

Id Cendoj: **28079140012017100965**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2017**

Nº de Recurso: **2800/2016**

Nº de Resolución: **1028/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2800/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun

Letrado de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1028/2017

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Angel Blasco Pellicer

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, contra la sentencia dictada el 5 de julio de 2016, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), en recurso de suplicación nº 364/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de mayo de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Burgos, en autos núm. 99/2016, seguidos a instancia de D.^a Elisenda contra Unión Castellana de Alimentación Ucalca, S.A y el ahora recurrente.

Han comparecido como recurridos, Unión Castellana de Alimentación Ucalca, S.A. representada por el Procurador D. José Luis García Guardia y asistida por la letrada D.^a. María Inés Espinosa Rodrigo y, doña Elisenda representada y asistida por la letrada D.^a. María Francisca Rodríguez Plaza.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de mayo de 2016, el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- Doña Elisenda ha venido prestando servicios para la empresa Unión Castellana de Alimentación UCALSA S.A., con una antigüedad de 1 de enero de 2.003, ostentando la categoría profesional de Limpiadora y salario mensual bruto con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias de 1.160,68 €, con jornada de trabajo a tiempo parcial de 31 horas semanales, percibiendo su salario con periodicidad mensual mediante



transferencia bancaria, en virtud de hojas salariales, con contrato de trabajo indefinido, desarrollando su actividad en el Acuartelamiento Diego Porcelos de Burgos.

SEGUNDO.- Con efectos de 1 de enero de 2015 la empresa Unión Castellana de Alimentación UCALSA S.A., resultó adjudicataria del servicio de Restauración Colectiva en las Unidades, Centros y Organismos del Ejército de Tierra en la provincia de Burgos, y en concreto, en los Acuartelamientos Diego Porcelos, Capital Mayoral, Base Cid Campeador y Polvorín de Ibeas, comprendiendo: 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.- Confección de las propuestas de menús, según lo estipulado en el Pliego de Prescripciones Técnicas. 4.- Manipulación y cocinado de los productos alimentarios necesarios para la confección de los menús autorizados. 5.- Emplatado centralizado de comidas en bandejas isotérmicas y envasado individual de las raciones en frío. 6.- Servicio y distribución de la comida en los locales y horarios establecidos. 7.- Recogida, limpieza y desinfección de los utensilios y menaje de cocina y comedor empleados, dejándolos en condiciones adecuadas para el siguiente uso. 8.- 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.- 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. Recogida, embolsado y traslado a los puntos indicados por cada UCO/BAE de los residuos generados, según la normativa vigente. 10.- 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 establece que el Ejército de Tierra aportará 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, cuyos locales y materiales constan en el Anexo B-2 del citado Pliego, que obra como documento número 5 del ramo de prueba de la empresa Unión Castellana de Alimentación UCALSA S.A., cuyo contenido se da por reproducido. Asimismo se expresa que la adjudicataria presentará mensualmente la facturación de la comida al Ejército de Tierra, fijando el punto 2-6 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.- En fecha 31 de diciembre de 2015 Unión Castellana de Alimentación UCALSA S.A., cesó en la prestación del servicio, que pasó a ser realizado por el Ministerio de Defensa, llevándolo a cabo desde el 1 de enero de 2016 en las mismas instalaciones, con los mismos proveedores, materiales y enseres que la anterior empresa, habiendo existido alguna variación en los menús, pero son esencialmente los mismos, siendo personal del Ministerio de Defensa el que lleva a cabo los servicios de cocina y limpieza.

QUINTO.- En fecha 28 de diciembre de 2015 Unión Castellana de Alimentación UCALSA S.A., notificó a la actora comunicación del siguiente tenor literal: Mediante la presente carta, que le entregamos en mano en el día de la fecha y en el centro de trabajo, con el ruego de que firme su copia a los solos efectos de acreditar su recepción y contenido, le notificamos que a partir del próximo 31.12.2015 se producirá en su contrato de trabajo, en su día formalizado, la sustitución de la persona del empleador, pasando a ostentar dicha condición la nueva empresa adjudicataria del servicio, esto es, el Ministerio de Defensa.- A partir de dicha fecha, se subrogara en todos los derechos y obligaciones dimanantes de su contrato de trabajo indefinido - tiempo parcial - ordinario en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores art. 44 . Esta carta tiene, pues, por finalidad notificarle a Ud. dicho cambio a efectos de que conozca que la nueva empresa por imperativo legal, le respetara todos los derechos atinentes a su categoría profesional, antigüedad y salario, así como cualquiera otros derivados de su contrato de trabajo indefinido - tiempo parcial - ordinario ello por cuanto que llegado a su fin el contrato de arrendamiento de servicios suscrito entre Unión Castellana de Alimentación UCALSA, SA y el Ministerio de Defensa, por el que nuestra empresa se encargaba del servicio de Catering unidades y plaza de Burgos número de expediente NUM000 (NUM001), dicho servicio revertirá, y portante, será asumido por el Ministerio de Defensa, que continuara con la actividad, por lo que todos los trabajadores hasta ahora pertenecientes a la plantilla de la Unión Castellana de Alimentación UCALSA, SA en el centro pasaran a formar parte de la plantilla del organismo y/o empresa que a partir del 31.12.2015, se encargará de la prestación de dicho servicio, dando así cumplimiento a la obligación dimanante del referido art. 44 del ET . Le agradecemos la dedicación hasta el presente ofrecida a Unión Castellana de Alimentación UCALSA, SA, esperando ver continuada la misma con la nueva Compañía a la que pasará a formar parte en la fecha y con efectos antes indicados.



SEXTO.- En fecha 31 de diciembre de 2015 Unión Castellana de Alimentación UCALSA S.A., dio de baja a la actora en la Tesorería General de la Seguridad Social, no habiendo procedido el Ministerio de Defensa a subrogarse en la relación laboral anterior, encontrándose en la misma situación otras 20 trabajadoras, ninguna de las cuales ha sido subrogada por el Ministerio de Defensa, prestando servicios del total, 14 trabajadoras en la Base Cid Campeador, 5 en el Acuartelamiento Diego Porcelos, 1 en el Polvorín de Ibeas y 1 en el Acuartelamiento Capital Mayor.

SÉPTIMO.- La parte actora solicita se declare se ha producido un despido operado el día 31 de diciembre de 2015, nulo o subsidiariamente improcedente.

OCTAVO.- Formulada Reclamación Previa no ha sido contestada e intentado acto de conciliación, se celebró con el resultado de sin avenencia.

NOVENO.- La actora no ostenta ni ha ostentado el cargo de Representante de los Trabajadores».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando la demanda presentada por Doña Elisenda contra Unión Castellana de Alimentación S.A. (UCALSA), Ministerio de Defensa en su petición subsidiaria, debo declarar y declaro la improcedencia del despido operado, condenando al Ministerio de Defensa a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta Resolución opte entre la readmisión de la actora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o por abonarle una indemnización en cuantía de 20.672,90 €, abonando en el caso de que se produzca la opción por la readmisión los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de la presente Resolución a razón de 38,16 € diarios, absolviendo a la empresa Unión Castellana de Alimentación UCALSA S.A., de los pedimentos contenidos en la demanda.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Ministerio de Defensa ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), la cual dictó sentencia en fecha 5 de julio de 2016, en la que consta del siguiente fallo:

«Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por el Ministerio de Defensa, frente a la sentencia de que dimana el presente rollo dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos de fecha 12 de mayo de 2016, en autos número 99/2016 seguidos a instancia de doña Elisenda, contra Unión Castellana de Alimentación S.A. (UCALSA) y el recurrente, 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 al letrado impugnante en concepto de honorarios la cantidad de 600 €.»

TERCERO.- Por el Abogado del Estado en nombre y representación del Ministerio de Defensa, se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) -y tras ser requerida para que seleccionara una sentencia de contraste entre las varias citadas en su escrito de interposición del recurso-, el recurrente propone como sentencias de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La-Mancha de fecha 8 de octubre de 2015 (rollo nº 878/15).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 28 de diciembre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 19 de diciembre de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión controvertida en el presente recurso de casación unificadora implica dilucidar si se ha producido o no una sucesión empresarial, en los términos del art. 44 del Estatuto de los trabajadores (ET), como consecuencia de haber asumido el Ministerio de Defensa, con sus propios medios, el servicio de restauración colectiva en determinados acuartelamientos, bases y polvorines situados en la provincia de Burgos que, en su día, fue objeto de concesión administrativa. Se trata, pues, de discernir si el demandado estaba obligado a subrogarse en la relación de trabajo de la demandante que, hasta ese momento, prestaba servicios como limpiadora en uno de los mencionados establecimientos militares por cuenta de la empresa



adjudicataria en virtud de contrato de trabajo por tiempo indefinido. De tal decisión depende la atribución de responsabilidad al recurrente por el despido impugnado en el proceso, acaecido el 31 de diciembre de 2015.

2. La sentencia recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Burgos) de 5 de julio de 2016 (rollo 364/2016), confirma la de instancia y, declarando la improcedencia del despido de que fue objeto la actora, establece la obligación de la Administración demandada. Se razona que el servicio contratado no descansa exclusivamente en la mano de obra, pues para su desarrollo son precisos unos medios materiales "patrimoniales" (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, la contrata no se hubiera podido realizar. La Sala de suplicación, por otra parte, considera relevantes dichos elementos en términos de cuantificación económica. Se valora así que se ha producido la transmisión de una unidad productiva al revertir la actividad objeto del contrato administrativo al propio Ministerio, que pasa a llevar a cabo la misma actividad con los mismos medios y para los mismos destinatarios, si bien con su propio personal, por lo que debió haber subrogado a la demandante.

3. El Ministerio Defensa se alza ahora en casación para la unificación de doctrina, en el que denuncia la infracción del art. 44 ET, en relación con la Directiva 2001/23/CE y con el art. 301.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), y propone, 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).

Se trataba allí de una trabajadora fija-discontinua que desarrollaba su labor como ayudante de cocina para la empresa concesionaria del servicio de comedor de la Universidad Laboral de Albacete, dependiente 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 ésta le reintegró a la terminación del contrato, tras lo que el servicio pasó a desempeñarlo la Consejería con su propio personal. La sentencia invocada declara que el cese de la actora por finalización de la contrata constituye un despido improcedente y condena a la concesionaria cesante a 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 habido 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 habían sido puestos a disposición de la contratista por la propia Administración, a la que luego revirtieron.

4. La contradicción entre las resoluciones comparadas en la cuestión debatida en casación para la unificación de doctrina es evidente, como esta Sala ha tenido oportunidad de declarar en las STS/4ª de 19 septiembre 2017 (4) (rcud. 2612/2016, 2629/2016, 2650/2016 y 2832/2016), dictadas en asuntos similares seguidos a instancia de compañeros de trabajo de la actora en su misma situación y en los que el Ministerio de Defensa invocaba la misma sentencia de contraste.

En efecto, como también indica el Ministerio Fiscal, se cumplen por tanto las exigencias del art. 219.1 LRJS para la admisibilidad del recurso. 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.

SEGUNDO.- 1. Como se ha apuntado, la cuestión debatida ya ha sido objeto de unificación por esta Sala en las sentencias precitadas, a cuyo criterio hemos de estar por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación del Derecho.

2. Los argumentos desarrollados en las susodichas 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 esta 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 y, por ende, del art. 44 ET. A la misma conclusión llegó la STJUE de 20 de enero de 2011, *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 reiterada 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 hubiera entregado a la empresa contratista para que llevara 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, *Aira Pascual*, C-509/2014, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial español. Para el Tribunal de Justicia de la Unión, 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.

TERCERO.- 1. La aplicación de la doctrina expuesta debe conllevar la desestimación del presente recurso.

Como se ha visto, estamos en presencia de una actividad primeramente externalizada y después recuperada que no se basa exclusiva o fundamentalmente en la mano de obra. Antes al contrario, para prestar el servicio encomendado hacían falta -en realidad, eran absolutamente imprescindibles- unas instalaciones que tuvieran un equipamiento importante y un utillaje adecuado, sin los cuales era 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.

2. Junto al elemento subjetivo de 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 accesorio.

Esta conjunción de elementos 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 .

CUARTO.- 1. Por ello la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia recurrida, por lo que debemos desestimar el recurso de casación unificador planteado.

2. De conformidad con el art. 235.1 LRJS procede la imposición de las costas a la parte recurrente.

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 y León (Burgos) de fecha 5 de julio de 2016 (rollo 364/2016) recaída en el recurso de suplicación formulado por dicha parte contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Burgos de fecha 12 de mayo de 2016 en los autos 99/2016 seguidos a instancia de D^a Elisenda contra Unión Castellana de Alimentación Ucalca, S.A y el ahora recurrente.

Condenamos en costas a la parte recurrente y acordamos la pérdida del depósito dado en su caso para recurrir, debiendo darse a la consignación el destino fijado legalmente.

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 María Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia de la misma, certifico.