



Roj: **STSJ CL 2702/2016** - ECLI: **ES:TSJCL:2016:2702**

Id Cendoj: **09059340012016100366**

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

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **05/07/2016**

Nº de Recurso: **364/2016**

Nº de Resolución: **393/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MARIA JOSE RENEDO JUAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CL 2702/2016,**
STS 4780/2017

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL 1

BURGOS

SENTENCIA: 00393/2016

RECURSO DE SUPPLICACION Num.: 364/2016

Ponente Ilma. Sra. D^a. María José Renedo Juárez

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA N^o: 393/2016

Señores:

Ilma. Sra. D^a. María José Renedo Juárez

Presidenta

Ilma. Sra. D^a. Raquel Vicente Andrés

Magistrada

Ilmo. Sr. D. Antonio César Balmori Heredero

Magistrado

En la ciudad de Burgos, a cinco de Julio de dos mil dieciséis.

En el recurso de Suplicación número 364/2016 interpuesto por el MINISTERIO DE DEFENSA, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos, en autos número 99/2016 seguidos a instancia de D^a Santiago , contra UNIÓN CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN S.A. (UCALSA) y el recurrente, en reclamación sobre Despido. Ha actuado como Ponente la **Ilma. Sra. D^aMaría José Renedo Juárez** que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 12 de Mayo de 2016 cuya parte dispositiva dice: "FALLO.- Que estimando la demanda presentada por DOÑA Santiago contra UNION 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 UNION CASTELLANA DE ALIMENTACION UCALSA S.A., de los pedimentos contenidos en la demanda.

SEGUNDO .- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: *PRIMERO*.- DOÑA Santiago ha venido prestando servicios para la empresa UNION CASTELLANA DE ALIMENTACION 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 2.015 la empresa UNION CASTELLANA DE ALIMENTACION 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 UNION CASTELLANA DE ALIMENTACION 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 2.015 UNION CASTELLANA DE ALIMENTACION 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 2.016 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 2.015 UNION CASTELLANA DE ALIMENTACION 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 UNION 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 numero de expediente 2 0427 14 1063 00 (201404271063), 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 UNION 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 UNION 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 2.015 UNION CASTELLANA DE ALIMENTACION 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 Mayoral. SEPTIMO.- La parte actora solicita se declare se ha producido un despido operado el día 31 de diciembre de 2.015, 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.

TERCERO .- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación el Ministerio de Defensa siendo impugnado por D^a Santiago y Unión Castellana de Alimentación S.A.. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

CUARTO .- En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos se dictó sentencia con fecha 12 de mayo de 2016 , Autos nº 99/16, que estimó en lo procedente la demanda de despido formulada por D^a Santiago frente al Ministerio de Defensa, Unión Castellana de Alimentación S.A., habiendo sido parte el Fogasa.

La sentencia declara el despido de la demandante improcedente condenando al Ministerio de Defensa de las consecuencias legales de tal declaración y absolviendo a la codemandada Unión Castellana de Alimentación SA , en adelante UCALSA, SA .

Contra la citada sentencia se interpone recurso de Suplicación por La Abogada del Estado en nombre y representación del Ministerio de Defensa y ello con amparo procesal en los apartados c) del art 193 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Los motivos basados en el *apartado c) del art. 193 de la LRJS* se destinan a la impugnación del fallo por error in iudicando, y el recurrente tiene la carga de:

a) citar debidamente el precepto o preceptos sustantivos y en su caso la jurisprudencia que, a su juicio, han sido vulnerados por el fallo de la sentencia, articulando motivos separados para cada precepto o grupo de preceptos que guarden unidad temática;

b) razonar la pertinencia y fundamentación de los motivo *del art. 196 de la LRJS* s lo cual exige argumentar la conexión entre el contenido normativo de las normas o jurisprudencia citadas y el litigio, mostrando cómo su correcta aplicación debería haber llevado a dar distinta solución al debate.

Incluso declara esa doctrina jurisprudencial que no basta que el recurso cite la disposición legal conculcada si contiene diversos artículos, sino que es preciso que se señale el específico precepto que se entiende vulnerado, y si el precepto contiene varios apartados resulta igualmente indispensable señalar expresamente cuál de ellos se reputa infringido.

Señalamos lo anterior porque la parte recurrente se ha limitado a citar los preceptos que entiende infringidos por el Magistrado de instancia en la sentencia recurrida pero sin llegar a argumentar y razonar porque los



entiende indebidamente aplicados, máxime cuando son los mismos preceptos en los que aquel se basa para desestimar la demanda.

De modo que la mayor o menor severidad en la exigencia de los mismos guarde proporción de medio a fin, evitándose interpretaciones rigoristas que no se correspondan con la finalidad de la exigencia legal, y, dentro de esta doctrina, se ha enmarcado el control sobre las decisiones judiciales de inadmisión del recurso de suplicación fundadas en un incumplimiento de los requisitos formales legalmente establecidos (*STC 18/93* , *294/93* , *256/94*).

El artículo 196 de la LRJS ciertamente exige, que en el escrito de interposición del recurso se expresen, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, debiendo en el caso de impugnación fáctica, señalar los medios de prueba, que pongan en evidencia el error del Juzgador, ya que la valoración de la prueba corresponde al Juzgador, citándose, asimismo, las normas del ordenamiento jurídico (derecho positivo o sustantivo) o la jurisprudencia que se consideren infringidas. Precepto que, como se dijo es acorde con el artículo 24.1 de la Constitución en cuanto persigue que el contenido del recurso -la pretensión o pretensiones formuladas en éste y su fundamentación- sea conocido por la otra parte, que pueda así debidamente defenderse, y por el órgano judicial, que ha de tener pleno conocimiento del "thema decidendi", para resolver congruentemente.

De acuerdo con estas premisas, el Tribunal Constitucional también tiene establecido que al enjuiciar el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso de suplicación, debe tenerse presente que éste no es un recurso de apelación ni una segunda instancia sino un recurso de naturaleza extraordinaria, de objeto limitado, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada ni revisar el derecho aplicable sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes. El carácter extraordinario del recurso de suplicación justifica la exigencia de estos requisitos procesales aunque lo relevante "no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido" y que "desde esta perspectiva, resulta obligado concluir que el órgano judicial, según una interpretación flexibilizadora y finalista de las normas disciplinadoras del recurso, no debe rechazar ab límine el examen de su pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas, cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer, precisa y realmente, la argumentación de la parte" (*TC 18/93*).

Por cuanto ahora interesa, la sentencia del indicado Tribunal Constitucional nº 71/2002, de 8 de abril , vuelve a insistir en la necesidad de la observancia de los presupuestos procesales para cumplir los requisitos de acceso al recurso, cuando se trata de recursos de cognición limitada que comúnmente se denominan extraordinarios (*STC 230/2001* , de 26 de noviembre), correspondiendo a las partes cumplir las exigencias del recurso que interponen (*STC 16/92* y *40/02*), llegando a rechazar el amparo motivado por la falta de pronunciamiento de fondo en un recurso de suplicación por la ausencia de indicación en el escrito de formalización del mismo del concreto apartado del art. 193 de la LRJS el que se incardinaba el motivo de recurso, al igual que por la falta de concreción, con absoluta precisión y claridad, de la norma o normas jurídicas que consideraba infringidas por la sentencia de instancia, así como del modo en que se produjo la infracción.

Asimismo, el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral , al disponer que el Magistrado apreciando los elementos de convicción, concepto más amplio que el de prueba, declarará expresamente en la sentencia, los hechos que estime probados, viene a establecer un elemento esencial de la resolución, con la ineludible consecuencia de que su ausencia o defectuosa consignación determinará la nulidad de la misma. Y esa exigencia legal ha sido subrayada reiteradamente por la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de que en los hechos probados ha de constar no sólo cuanto acreditado sirva al Magistrado para dictar su sentencia, sino también todo aquello que sea necesario para que el Tribunal Superior en el supuesto de recurso pueda dictar la suya, concordante o no con la impugnada. El Juzgador ostenta una amplia facultad para valorar todo el material probatorio practicado en la instancia, de modo que puede obtener y deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, ya que, ante posibles contradicciones, debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional que actúa de manera imparcial y objetiva frente al interés de una parte, correspondiendo al juzgador la facultad privativa sobre la valoración de todas las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con el artículo 97.2 de la Ley de procedimiento laboral (*S.T.S. 18/11/1999*)

En sentencia, de fecha 24/5/2000, el Tribunal Supremo vuelve a señalar que la valoración de la prueba es facultad privativa del Juzgador de instancia, cuyas conclusiones reflejadas en los hechos probados deben prevalecer siempre que se ajusten a lo prevenido en dicho artículo, ya que lo contrario sería tanto como subrogarse la parte en lo que constituye labor jurisdiccional, sin que pueda sustituirse la misma por la valoración de la parte, voluntaria y subjetiva, confundiendo este recurso excepcional y con motivos tasados en una nueva instancia.



SEGUNDO .- Con amparo procesal en el apartado c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se denuncia por la parte recurrente la infracción del art. 1.1 c) de la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 , sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativos al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de / transmisiones/ de empresas , de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad y el art 44 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto - Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea , contenida en la Sentencia de 20 de enero de 2011, dictada en el asunto C-463/09 , sobre aplicación de la Directiva 2001/23/CE. E infracción de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, contenida entre otras en Sentencias de 1 de diciembre de 1999, de la Sala Cuarta en el recurso de casación 1421/1999 y de 17 de junio de 2008, dictada en el recurso de casación nº 4426/2006 .

La Sentencia de instancia , condena al Ministerio de Defensa por despido improcedente , al no haberse subrogado en las trabajadoras demandantes que venían prestado sus servicios para la empresa UCALSA SA con quien aquel tenía suscrito un contrato administrativo de servicios que tenía por objeto el servicio de catering- restauración colectiva- en diversos Centros y Organismos del Ejército de Tierra en la Provincia de Burgos . Contrato en el que la citada empresa había resultado adjudicataria con efectos 1 de enero de 2015 y habiéndosele rescindido por el Ministerio del Ejercito con efectos 31 de diciembre de 2015. Se argumenta por la sentencia que en aplicación del art 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación con lo que establece la directiva 2001/23/CE de 12 de marzo y la Sentencia del TJUE 2015/283 de 26-11-15 , el contratante - Ministerio de Defensa- debería haber sucedido al contratista- UCALSA- en la relación laboral de las actoras, que no ha hecho, lo que constituye un despido improcedente con todas las consecuencias inherentes a tal declaración. Y ello aunque no se hubiera producido una sucesión de plantilla, pues la demandada procedió a realizar todo el servicio en su día contratado con su propio personal, ni existiría obligación convencional de subrogarse en aquellas. Sino porque entiende que se habría producido una sucesión de empresas al haberse habiéndose producido una transmisión patrimonial, constituido por los inmuebles donde se prestaba el servicio , utensilios y enseres de cocina y comedor que eran y siguen siendo propiedad del Ministerio.

La parte recurrente argumenta que siendo de aplicación tanto el art 44 del ET como la Directiva 2001/21/CE ello no supone que se haya producido una sucesión de empresa y que el Ministerio deba de subrogarse en la trabajadoras demandantes. Así fundamentalmente esgrime que no sería de aplicación la doctrina fijada en Sentencia del TJUE 2015/283, Asunto C-509/14 , de 26 de noviembre , a la que se refiere la sentencia recurrida puesto que además que la entidad pública interviniente es ADIF, que es una entidad pública empresarial y que como tal es un Organismo público, al que se encomienda la gestión de servicios públicos susceptibles de contraprestación , y que de conformidad al Art. 53 de la Ley 6/1997 de 14 de abril , de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado , aún vigente, se sujeta al derecho privado. Ahora bien en el propio recurso se razona que la Directiva 2001/23 , en virtud del artículo 1, apartado 1, letra c) , la misma también sería aplicable conforme a la Jurisprudencia del TJUE , tanto a entes que sean Administración en sentido estricto , sujetos como tal al derecho público, como es el caso, como entes que se sujeten al derecho privado, como es el caso de entidades públicas empresariales , así la Sentencia CLESA, C-463/09 , EU:C: 2011:24 , apartado 26 y jurisprudencia allí citada.

Para concluir en su argumentación, que no tendría el Ministerio del Ejercito la obligación de subrogarse en las trabajadoras demandantes al no existir una sucesión empresarial puesto que en todo caso se exigiría que la transmisión tenga por objeto una entidad económica que mantenga su identidad , entendida como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica ya fuese esencial o accesoría. Entendiendo que en este caso la actividad objeto del Contrato Administrativo de Servicios suscrito por las dos codemandadas , se sustentaba fundamentalmente en la mano de obra y que al no haber sucesión de plantilla no tendría la obligación de subrogarse el Ministerio de Defensa y que tampoco habría existido una transmisión patrimonial

TERCERO . - Tal y como se plantea el recurso , lo que vamos a analizar es si concurren los requisitos del art 44 del Estatuto de los Trabajadores para que exista una sucesión de empresas y la obligación de subrogarse en Ministerio de Defensa en las trabajadoras demandantes no se plantea que hubiera podido existir una sucesión convencional ni contractual. Manteniendo la parte recurrente, que siendo el objeto del contrato entre su representada y la también codemandada UCALSA, SA una actividad que sustenta en la mano de obra, al pasar a realizarla con su propio personal no tendría la obligación de subrogarse al no haber existido una transmisión relevante de plantilla.

En primer lugar entendemos que la Directiva 2001/23/CE , de 12 de marzo es aplicable al caso enjuiciado ya que abarcaría todos los supuestos de cambio , en el marco de relaciones contractuales de la persona física o jurídica responsable de la explotación, y que el Tribunal de Justicia ha declarado que 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 citada Directiva. Que es lo que ocurre en el presente supuesto donde no existe una transmisión de elementos patrimoniales porque estos pertenecían, antes y después del contrato administrativo de servicios con la empresa codemandada al Ministerio de Defensa.

Y es que, efectivamente, la STJUE de fecha 26-11-2015, Caso Aira Pascual y otros, en la que se interpreta la Directiva 2001/23/CE, en materia de sucesión de empresas, señala expresamente ". Esta última regla es extrapolación de la noción comunitaria de traspaso, contenida en el art. 1.1.b) de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, en relación a la cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto en sentencia de 26 de noviembre de 2015 (asunto C- 509/14), en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del País Vasco, el 8 de septiembre de 2014, que "el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de (transmisiones)de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal".

Además debemos de tener en cuenta que es de aplicación la Directiva tantas veces citada puesto que como ha señalado la STJUE de fecha 06/09/2011, Asunto C-108/10 (Ivana Scattolon). El concepto de «actividad económica» que figura en la definición recordada en el precedente apartado comprende cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado. Se excluyen por principio de la calificación de actividad económica las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público (véase en especial la sentencia de 1 de julio de 2008, MOTOE, C-49/07, Rec. p. I-4863, apartado 24 y la jurisprudencia citada, y en relación con la Directiva 77/187, la sentencia de 15 de octubre de 1996, Henke, C-298/94, Rec. p. I-4989, apartado 17); lo que no es el caso.

Pues bien, el art. 44 ET regula la sucesión de empresa, disponiendo en su apartado 1 que el cambio de titularidad de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior. En su apartado 2 indica que "a los efectos de lo previsto en presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria

Siendo necesario traer aquí a colación los siguientes criterios y pautas sentados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que de forma reiterada han venido siendo recordadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo :

A).- "La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada", debiéndose tener en cuenta que "el concepto de entidad hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio" (*sentencia 11 de marzo de 1997*, Súzen, fundamento 13 ; *sentencia de 10 de diciembre de 1998*, Hernández Vidal, fundamento 26 ; *sentencia de 10 de diciembre de 1998*, Sánchez Hidalgo, fundamento 25 ; *sentencia de 2 de diciembre de 1999*, Allen, fundamento 24 ; *sentencia de 25 de enero del 2001*, Liikenne, fundamento 31 ; *sentencia de 24 de enero del 2002*, Temco, fundamento 23 ; y *sentencia de 2º de noviembre del 2003*, Carlito Abler, fundamento 30).

B).- " Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades" (*sentencia Súzen* fundamento 14, *sentencia Hernández Vidal* fundamento 29, *sentencia Sánchez Hidalgo* fundamento 29, *sentencia Allen* fundamento 26, *sentencia Didier Mayeur* fundamento 52, *sentencia Liikenne* fundamento 33, *sentencia Temco* fundamento 24, y *sentencia Carlito Abler* fundamento 33).

En definitiva, para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate,



entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y de la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente, siendo lo determinante si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad.

Y si bien es cierto que como ha venido a señalar la Sala de lo Social del Tribunal Supremo entre otras en Sentencia de fecha 21-04-2015 Rec 91/2014 " En lo que atañe a la posible aplicación del art. 44 ET , hemos de recordar que ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET , salvo que se entreguen al concesionario o al contratista la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación." Lo que debemos de analizar es si el servicio de restauración colectiva que ha sido objeto del Contrato Administrativo de Servicios entre el Ministerio de Defensa y UCALSA, es una actividad fundamentada esencialmente en la mano de obra, como mantiene la parte recurrente, o por el contrario requiere la utilización de una serie de medios , equipos e instalaciones esenciales para la prestación del servicio y en caso de no existir no podría ser presado aquel en los términos pactados en el contrato.

Entendemos que el servicio de restauración colectiva, contratada, no está fundamentado exclusivamente en la mano de obra, pues para su desarrollo es necesario unos medios materiales "patrimoniales" que el Ministerio del Ejercito puso a disposición de la mencionada empresa , medios materiales necesarios para el desarrollo de la citada actividad,- restauración colectiva- que de no existir aquellos no podría ser desarrollada en los términos pactado. Como son, no solamente los locales, que, por sí mismos, no sería suficiente elemento determinante para declarar la existencia de una transmisión patrimonial, en los términos exigidos en el art. 44 del ET . Sino que, además, y sobre todo, puso a disposición de UCALSA, todos los demás medios necesarios para desarrollar la actividad, tal y como se especifica en el Anexo B /2 del Contrato y en Anexo B/3 del mismo, hecho probado segundo. Así, se pone a disposición de los mismos, mobiliario, cocinas, frigoríficos y demás utensilios necesarios para el desarrollo de la actividad, de tal manera que sin estos no se podría realizar la actividad en los términos contratado. Y siendo necesarios los mismos y la aportación relevante en términos de cuantificación económica no podemos llegar a la conclusión que la actividad objeto del contrato se sustente exclusivamente en la mano de obra.

La anterior afirmación se coherente con el contenido del hecho probado segundo y el tenor literal , que el mismo recoge, del contrato suscrito entre las partes. Con ello queremos señalar que el objeto de dicho contrato, restauración colectiva, en este caso concreto, no solamente la Empresa UCALSA se limitaba a poner la mano de obra, sino que también venía utilizando los medios materiales necesarios, que puso a su disposición el Ministerio de Defensa, para realizar la mencionada actividad. Medios materiales, sin cuya utilización no se podría haber desarrollado la misma y que por el hecho de ser propiedad del Ministerio de Defensa, no supone o resulta de aplicación la Directiva , tantas veces citada, y a la que antes nos hemos referido, conforme la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas de fecha 26-11-2015 , antes citada. Cuando además el desarrollo de la actividad que ha revertido en el Ministerio de Defensa tiene iguales destinatarios.

Señalar, así mismo, que también el mismo Tribunal TJEE en Sentencia dictada, con fecha 20 de noviembre de 2003, en el denominado caso Carlito Abler y otros, contra Sodexho (TJCEE /2003/386 de 20 de noviembre 2003) en un supuesto de cambio de contratista en el servicio de restauración colectiva prestada en un hospital, en el que la empresa principal había cedido las instalaciones y maquinaria para desarrollar el servicio, declaró la aplicación de la Directiva y con ello la obligación de subrogarse en la nueva concesionaria del servicio.

CUARTO .- Entendemos por lo tanto que no estamos ante un supuesto de transmisión de empresa en su vertiente de sucesión de plantillas por una doble razón: 1) en el desarrollo del servicio se revela esencial la aportación de medios patrimoniales significativos 2) El Ministerio de Defensa no ha asumido a los trabajadores de la mercantil UCALSA SA que realizaban el servicio ni existe un título jurídico que le impusiera esa obligación, más allá del que pueda devenir por el art. 44 ET . Si ello es así el Ministerio de Defensa, que ha revertido la actividad objeto del Contrato Administrativo de Servicio que tenía suscrito con UCALSA SA, realizando aquella con los mismos medios y para los mismos destinatarios- misma clientela-, sin bien con su propio personal, debería haberse subrogado en las trabajadoras demandantes y en todas ellas indistintamente de la actividad que realizan pues todas ellas estaban integradas en una misma unidad productiva indistintamente de la actividad particular y concreta que cada una viniera desempeñando.

Al no haberse subrogado tal decisión supone un despido, como se declara en la sentencia recurrida, con las obligaciones inherentes a tal declaración art. 56 del ET en relación con los arts 110 y concordantes de la LRJS .



Sin que ello suponga que de ser así se conculcaría el art 301.4 del TRLCSP, pues las consecuencias de tal declaración y la obligación de subrogarse en ellas no implica su consolidación como personal del Ministerio de Defensa pues ello no supondría que adquirieran la condición de fijas de plantilla. Pero es que además la mencionada Directiva le es de aplicación al Ministerio de Defensa, como antes ya hemos señalado y teniendo particularmente en cuenta la actividad objeto de contratación los términos expuestos puesto que dichos servicios no corresponden al ejercicio de prerrogativas de poder público. De esa forma, que las actividades ejercidas por los trabajadores afectados por la transmisión objeto del litigio principal tienen un carácter económico en el sentido de la jurisprudencia antes mencionada y persiguen un objetivo propio- servicio de restauración- en distintos Centros del Ministerio de Defensa de la Provincia de Burgos

Por último señalaremos, que las Sentencias, que expresamente se citan por la parte recurrente como infringidas, Recursos de Casación nº 1421/1999 y 4426/2006, no contemplan supuestos idénticos al aquí analizado por lo que no puede considerarse que la Sentencia de instancia, hubiera infringido la Doctrina en ellas contenida por falta de identidad de razón.

En consecuencia al no haberse infringido en la sentencia recurrida las normas y jurisprudencia citadas como indebidamente aplicadas procede la desestimación del recurso y confirmar la sentencia recurrida.

QUINTO .- Al no gozar la parte recurrente del beneficio de justicia gratuita y haberse desestimado el recurso, procede la condena en costas art 235 de la LRJS, debiendo abonar en concepto de honorarios al letrado impugnante la cantidad de 600 €.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

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 D^a Santiago, 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 €.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en el artículo 97 de la L.R.J.S. y 248.4 de la L.O.P.J. y sus concordantes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante el Tribunal Supremo, significándoles que dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación, mediante escrito ajustado a los requisitos legales contenidos en los artículos 220 y 221 de la L.R.J.S., con firma de Abogado o de Graduado Social Colegiado designado en legal forma conforme al art. 231 de la citada Ley.

Se deberá ingresar como depósito la cantidad de 600 € conforme a lo establecido en el artículo 229.1.b de la L.R.J.S., asimismo será necesaria la consignación por el importe de la condena conforme a los supuestos previstos en el art. 230 de la mencionada Ley, salvo que el recurrente estuviera exento por Ley o gozare del beneficio de justicia gratuita.

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la entidad Banesto, sita en la c/ Almirante Bonifaz nº 15 de Burgos, - en cualquiera de sus sucursales, con el nº 1062/0000/65/000364/2016.

Se encuentran exceptuados de hacer los anteriormente mencionados ingresos, los Organismos y Entidades enumerados en el punto 4 del artículo 229 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

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