

Roj: **STS 3028/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3028**Id Cendoj: **28079149912015100021**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **991**Fecha: **19/05/2015**Nº de Recurso: **358/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Mayo de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de HOSTELERÍA UNIDA DOS, S.A.U y D. Jose Daniel , D. Pablo Jesús , D^a Justa , D. Calixto Y D. Eulalio , en su calidad de representantes legales de los trabajadores, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en fecha 29/julio/2013 [autos 28/2013], a instancia de D. Jose Daniel , D. Pablo Jesús , D^a Justa , D. Calixto Y D. Eulalio contra HOSTELERÍA UNIDA DOS, S.A.O. e INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA -MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO-, sobre DESPIDO COLECTIVO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por D. Jose Daniel , D. Pablo Jesús , D^a Justa , D. Calixto Y D. Eulalio , en su calidad de representantes legales de los trabajadores, se planteó demanda sobre DESPIDO COLECTIVO, de la que conoció de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dictara sentencia: "por la que se declare nula la decisión extintiva empresarial, o subsidiariamente no ajustada a derecho con las consecuencias legales inherentes a dicho pronunciamiento, condenando a las codemandadas en su respectivo carácter con dicho pronunciamiento".

SEGUNDO.- Admitida a tramite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose las demandadas, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 29 de julio de 2013 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Desestimamos la excepción de falta de legitimación ad causam y falta de acción alegada por la representación legal de la mercantil Hostelería Unida Dos S.A.U. y en su consecuencia debemos estimar y estimamos la demanda promovida por D. Jose Daniel , D. Pablo Jesús , D^a Justa , D. Calixto Y D. Eulalio (representantes legales de los trabajadores) contra HOSTELERÍA UNIDA DOS, S.A.O. e INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA -MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO-, sobre impugnación de despido colectivo, declarando que el cese de los 37 trabajadores que venían prestando servicios para la empresa HUSA DOS S.A. adjudicataria del servicio de restauración en el Palacio de Congresos de Madrid, constituye un despido colectivo que declaramos nulo, reconociendo, el derecho del personal afectado por el despido colectivo a la inmediata reincorporación en sus puestos de trabajo y condenando a Hostelería Unida Dos S.A.U., a estar y pasar por esta declaración, al igual que por todas las consecuencias que de ellas se derivan. Así mismo absolvemos al Instituto de Turismo de España de los pedimentos deducidos en su contra".



CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "**PRIMERO.** - En 21 de enero de 2008 la empresa Hostelería Unida Dos, S.A.U. (en adelante HUSA DOS S.A.) y el Instituto de Turismo de España de la Secretaría de Estado de Comercio y Turismo, (en adelante, TURESPAÑA) suscribieron contrato para la explotación del negocio de Hostelería en el Palacio de Congresos de Madrid, adjudicando la misma a la empresa citada, a la que están adscritos 37 trabajadores, afectando, el presente procedimiento, a la totalidad de los mismos, que prestan servicios en el servicio de restauración del Palacio de Congresos de Madrid.- **SEGUNDO.-** El pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación de los servicios de restauración del Palacio de Congresos de Madrid, recogía en sus disposiciones generales, que el objeto del mismo, era la realización de los servicios de restauración del Palacio de Congresos de Madrid durante el plazo en el fijado, y que dicho contrato tenía carácter de contrato administrativo especial, y en el mismo pliego se recogía en el apartado VI referido a "Suspensión de la ejecución del contrato por realización de obras de remodelación" lo siguiente: "Para el caso de realización de las proyectadas obras de remodelación del Palacio de Congresos de Madrid, cuya ejecución supusiera la imposibilidad material de desempeñar de manera ininterrumpida los servicios de restauración objeto de este contrato, se acepta expresamente por ambas partes la suspensión de efectos del contrato, con renuncia explícita a reclamar cualquier pago en concepto de indemnización por razón de la eventual concurrencia de esta circunstancia, con cesación, por tanto, de las respectivas obligaciones de prestación del servicio y abono de los cánones y demás prestaciones accesorias.. " prestando el contratista su conformidad al Pliego de Cláusulas Administrativas particulares, sin hacer salvedad alguna.- **TERCERO.-** El 14 de julio de 2010, se firma entre la mismas partes anteriormente citadas, resolución de mutuo acuerdo del contrato de concesión del servicio de restauración, constando, entre otras cosas, en el mismo, "no obstante producirse los efectos jurídicos propios de la resolución una vez que se formalice el acuerdo de resolución entre ambas partes, y desde la fecha señalada expresamente en el apartado cuarto de este acuerdo de autorización, se dispone la continuidad en la prestación del servicio por la misma empresa hasta el momento adjudicatario, durante un periodo provisional que finalizará en el momento en que se adjudique el eventual nuevo contrato para la prestación del mismo servicio, a un nuevo contratista por el procedimiento correspondiente de conformidad con lo previsto en la vigente Ley de 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; o bien, alternativamente, y en un plazo lo más breve posible, se decida, en su caso, el cierre del Palacio de Congresos o el cese definitivo de la actividad.- El establecimiento de un período transitorio resulta beneficioso para el interés público cuyo ámbito de actuación gestiona institucionalmente este Organismo, mediante la explotación del Palacio, hasta que se adjudique un nuevo contrato. Por analogía de la prestación y razón de la inmediatez de la necesidad de prestación de los servicios, se considera conveniente que sea el mismo contratista el que continúe encargado de la prestación de este servicio de forma transitoria.- La resolución del contrato por mutuo acuerdo a instancia del contratista, no modifica las obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo del adjudicatario; en concreto, la de hacer frente con todos sus efectos legales, según se deriva de lo dispuesto en el Reglamento General de Recaudación, al calendario de pagos establecido como consecuencia de la concesión, ya otorgada por este Organismo, del aplazamiento y fraccionamiento, en 36 mensualidades según resolución administrativa adoptada al efecto, de la deuda de HUSA, actualmente existente y derivada de la ejecución del contrato.- Teniendo en cuenta el tiempo que ha transcurrido desde que se solicitó el aplazamiento concedido, que, a su vez, el contratista ha venido cumpliendo con el correspondiente calendario de pagos que provisionalmente le fue establecido, que ante la circunstancia constatada de su situación económica había solicitado dicho contratista la resolución del contrato en varias ocasiones con anterioridad, y que además ofrece actualmente el compromiso de garantizar la continuidad del servicio durante el tiempo necesario mientras se tramita un nuevo procedimiento de contratación, se acuerda que los efectos de esta resolución motivada por mutuo acuerdo se produzcan desde el día 1 de junio de 2010, y en ese sentido se apliquen unas condiciones de canon consistentes, únicamente, con la obligación de abonar únicamente el 5 % del total de las ventas de restauración, con carácter mensual, a partir del día 1 de junio de 2010, hasta que se ultime la tramitación de un nuevo procedimiento, o se acuerde el cese objetivo de la actividad.- Con carácter inmediato a la formalización mediante el correspondiente acuerdo bilateral firmado por ambas partes, de la resolución de mutuo acuerdo del contrato, se iniciarán por este Organismo los trámites específicos dirigidos a la sustanciación del correspondiente procedimiento de contratación con el fin de adjudicar un nuevo contrato para la prestación de los servicios de restauración del Palacio, o alternativamente los trámites que en su caso resultaren necesarios para valorar y eventualmente acordar el cese de la actividad del Palacio.- Una vez se tramite un nuevo procedimiento o se decida lo que proceda respecto al funcionamiento del Palacio de Congresos, y por tanto se disponga de una fecha cierta para poner fin al compromiso del contratista de garantizar transitoriamente la continuidad del servicio, se procederá, en el plazo máximo de un mes desde que finalice este periodo transitorio, a la devolución de la garantía constituida.- Ambas partes formalizarán en el plazo máximo de diez días hábiles el documento administrativo correspondiente, de resolución contractual por mutuo acuerdo, sobre la base de las condiciones autorizadas.- El presente acuerdo podrá ser impugnado en el plazo de dos meses ante el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo conforme a lo dispuesto



en la Ley reguladora de dicha jurisdicción."- **CUARTO.**- Con fecha 22-julio de 2010 se suscribe de nuevo, entre las codemandadas, el siguiente acuerdo: "PRIMERA.- Se acuerda la resolución por mutuo acuerdo entre las partes y a instancia del contratista el contrato "SERVICIO DE RESTAURACIÓN DEL PALACIO DE CONGRESOS DE MADRID" (expediente número NUM000), adjudicado en su día a la entidad mercantil HUSA.- SEGUNDA.- Una vez formalizado el acuerdo de resolución entre ambas partes, se dispone la continuidad en la prestación del servicio por HUSA desde la fecha señalada expresamente en la cláusula cuarta de este documento, durante un periodo provisional que finalizará en el momento en que se adjudique el eventual nuevo contrato para la prestación del mismo servicio, a un nuevo contratista por el procedimiento correspondiente de conformidad con lo previsto en la vigente Ley de 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; o bien, alternativamente, y en un plazo lo más breve posible, se decida, en su caso, el cierre del Palacio de Congresos o el cese definitivo de la actividad.- TERCERA.- La resolución de este contrato por mutuo acuerdo no modifica las obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo del adjudicatario; en concreto, la de hacer frente con todos sus efectos legales, según se derivan de los dispuesto en el Reglamento General de Recaudación, al calendario de pagos establecido como consecuencia de la concesión ya otorgada por éste Organismo del aplazamiento y fraccionamiento, en 36 mensualidades, según resolución administrativa adoptada al efecto, de la deuda de HUSA, actualmente existente y derivada de la ejecución del contrato.- CUARTA.- Los efectos de esta resolución por mutuo acuerdo se producirán desde el día 1 de junio de 2010, y en ese sentido se aplicarán unas condiciones de canon consistentes en la obligación de abonar únicamente el 5 % del total de las ventas de restauración a partir del día 1 de junio de 2010, con carácter mensual, hasta que se ultime la tramitación de un nuevo procedimiento, o se acuerde, en su caso, el cese de la actividad.- QUINTA.- Una vez se disponga de una fecha cierta para poner fin al compromiso del contratista de garantizar transitoriamente la

continuidad del servicio, se procederá a la devolución de la garantía constituida, en un plazo máximo de un mes, desde que finalice el citado período transitorio.- SEXTA.- En todo lo no expresamente pactado en el presente documento, durante el período transitorio, se estará a lo dispuesto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que forman parte integrante del contrato original" ninguna causa de finalización expuesta, recogidas en el citado Acuerdo, a día de hoy, se ha producido.- **QUINTO.**- El Instituto de Turismo de España (TURESPAÑA) ha sacado a licitación la explotación del servicio de restauración del Palacio de Congresos de Madrid, con posterioridad a las fechas anteriormente citadas, años 2011 y 2012 habiendo quedado en las dos ocasiones desierta la licitación.- **SEXTO.**- La mercantil HUSA DOS S.A. comunicó a todos los trabajadores adscritos al centro de trabajo, Palacio de Congresos de Madrid, que no se prestarían mas servicios desde el 27- 12-2012, al habersele notificado por TURESPAÑA, el día 21 de diciembre 2012, la suspensión de la actividad del Palacio, por causas técnicas, situación que se mantiene en la actualidad.- **SÉPTIMO.**- Con fecha 2 de Enero de 2013 la mercantil demandada comunicó al Comité de Empresa de la misma, su intención de solicitar ante la Autoridad Laboral la autorización para suspender los contratos de los 37 trabajadores adscritos a dicho centro de trabajo, alegando la suspensión temporal de las actividades del Palacio de Congresos, dispuesta por el Instituto de Turismo de España.- **OCTAVO.**- Se inicio un periodo de consultas, y mantenidas diversas reuniones finalizo dicho periodo con el resultado "sin acuerdo", según consta en el Acta de fecha 22-1-2013, que se da por reproducida.- **NOVENO.**- En esa misma fecha 22-1-2013 HUSA DOS S.A. puso en comunicación de los representantes de los trabajadores (Comité de Empresa) la suspensión de los contratos de los 37 trabajadores adscritos al citado centro de trabajo, por el periodo comprendido entre el 2 y 31 de enero de 2013 (ambos inclusive) y, tras dicha comunicación al Comité de Empresa de la suspensión de los contratos de trabajo de los 37 trabajadores adscritos al servicio de restauración del Palacio de Congresos de Madrid en dicho periodo, procedió a notificar individualmente a los trabajadores afectados la aplicación de las medidas de suspensión de los contratos. DOC.1 CCOO.- **DÉCIMO.**- El mismo día 22-1-2013 la mercantil citada, en otro escrito, comunicó al Comité de Empresa que todos los trabajadores afectados por el presente procedimiento pasarían a ser subrogados con fecha de efectos 1-2-2013, por el Instituto de España (TURESPAÑA), produciéndose una novación del empleador por reversión al Instituto citado o en su caso por el nuevo adjudicatario del servicio que asumiera la explotación, lo que indicaba la continuidad de la actividad, no habiéndose producido ni la subrogación ni la novación.- **UNDÉCIMO.**- La mercantil Hostelería Unida Dos S.A.U., resuelve unilateralmente el Acuerdo bilateral suscrito el 22-7- 2010, con fecha de efectos 31-1-2013, estando en vigor el mismo, existiendo, autorización expresa por parte del Instituto de Turismo de España, para la explotación de las cafeterías y el restaurante del Palacio de Congresos a dicha mercantil, aun estando suspendida temporalmente la actividad de congresos, en el Palacio de Congresos por cuestiones técnicas, teniendo, por tanto, continuidad la actividad de restauración y no existiendo hasta la fecha adjudicación de un nuevo contrato de prestación de servicios, habiendo quedado desiertas las dos licitaciones ofertadas, una en el año 2011 y otra en el 2012. DOCUMENTOS 1- 34 y 6 de la parte actora Comité de Empresa, así como DOC.2- de la prueba a portada por CCOO.- **DECIMOSEGUNDO.**- Desde el día 1-2-2013 los trabajadores demandantes no han podido incorporarse a sus puestos de trabajo al haberseles impedido el acceso al Palacio de Congresos.- **DECIMOTERCERO.**- En la misma fecha 1-2-2013, la empresa Hostelería Unida Dos



S.A.U., entrega a los trabajadores escrito en el que se les comunica su cese en la explotación del servicio de restauración en el Palacio de Congresos, instando la continuidad de las relaciones laborales bajo la titularidad del Instituto de Turismo de España o en su caso, con la empresa a la que se adjudique el servicio, siendo las causas de carácter objetivo y productivo (pérdidas continuas).- **DECIMOCUARTO.**- El Instituto de Turismo de España, no acepto la devolución, pretendida por parte de HUSA DOS S.A., de enseres, maquinaria, útiles, menaje y demás materiales e instalaciones de la concesión, por entender que la misma continua viva, mientras no se resuelva por mutuo acuerdo de las partes y para ello se den las circunstancias recogidas en el escrito de 23 de enero de 2013, que refiere el Acuerdo tantas veces citado suscrito el 22 de julio de 2010, dado que no se ha producido un supuesto de reversión, sino que lo que ha tenido lugar es una suspensión temporal de la actividad principal del Palacio de Congresos, que no conlleva, el cese de las actividades de restauración de HUSA DOS S.A.- **DECIMOQUINTO.**- La Administración General del Estado es titular del Palacio de Congresos y Exposiciones sito en el Paseo de la Castellana nº 99 Madrid. Consta en el inventario general de bienes y derechos de Estado bajo el nº 1987 724 28 999 0485 001.- Tiene la condición de bien de dominio público al estar afecto al organismo autónomo Instituto de Turismo de España (TURESPAÑA) en virtud de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 5 de noviembre de 2009, organismo con personalidad jurídica publica diferenciada, autonomía de gestión, patrimonio y tesorería propios y plena capacidad jurídica y de obrar.- **DECIMOSEXTO.**- El Palacio de Congresos de Madrid suspendió sus actividades temporalmente por resolución de 21 de diciembre de 2012, a fin de ejecutar obras tendentes a reforzar sus medidas de seguridad, suspensión temporal que inicialmente se fijo hasta el 31 de enero de 2013, para ampliarse posteriormente hasta el 31 de diciembre de 2013, suspensión de la actividad principal, que no afecta a ninguno de los servicios accesorios del mismo, y en concreto a las cafeterías y al aparcamiento. DOC 6 prueba parte actora, comité de empresa.- **DECIMOSÉPTIMO.**- Se han observado los requisitos legales".

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpusieron recursos de casación por las representaciones procesales de D. Candido , en nombre del Comité de Empresa de Hostelería Unida Dos SAU y Hostelería Unida Dos SAU amparándose en los siguientes motivos:

- Recurso de D. Candido , en nombre del Comité de Empresa de Hostelería Unida Dos SAU:

PRIMER MOTIVO.- Al amparo del art. 207 LRJS (no se cita apartado), para modificar el hecho probado 11 por considerar que es importante para el fallo.

SEGUNDO MOTIVO.- Al amparo del art. 207 LRJS (no se cita apartado), para modificar el hecho probado 16 por considerar que es igualmente importante para el fallo.

TERCER MOTIVO.- Al amparo del art. 207 LRJS (no se cita apartado), por infracción de los arts. 59 del IV Acuerdo Laboral de Ambito Estatal para el Sector de Hostelería y art. 43 del Convenio Colectivo de Restauración para la Comunidad Autónoma de Madrid , en relación con el art. 44 ET .

- Recurso de Hostelería Unida Dos SAU:

PRIMER MOTIVO. Al amparo del art. 207 de) LRJS para modificar el hecho probado 11, por considerarlo trascendente para el fallo.

SEGUNDO MOTIVO. Al amparo del art. 207 de) LRJS para modificar el hecho probado 16, por considerarlo trascendente para el fallo.

TERCER MOTIVO. Al amparo del art. 207 e) LRJS , por infracción del art. 67 del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio , por la que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas (TRLCAP) y 23 y 26 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) en relación con los artículos 1282 y 117 CC .

CUARTO MOTIVO. Al amparo del art. 207 de) LRJS , por infracción de los arts 59 IV Acuerdo Laboral de Ambito Estatal para el Sector de Hostelería y art. 43 Convenio colectivo de Restauración para la Comunidad Autónoma de Madrid, en relación con el art. 44 ET .

SEXTO.- Por providencia de ésta Sala se procedió a admitir a trámite el citado recurso y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar procedente la desestimación de ambos recursos, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo en Sala General el día 13 de mayo de 2015, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La STSJ Madrid 29/Julio/2013 [demanda 28/13] estimó la demanda interpuesta por el Comité de Empresa [en adelante, CE] de «Hostelería Unidad Dos SAU» [HUSA] y declaró que el cese de los 37



trabajadores que prestaban servicios de restauración en el Palacio de Congresos de Madrid integraba despido colectivo nulo, y condenó a la referida empresa a pasar por la referida declaración y a las consecuencias de ello derivadas, con absolución del codemandado «Instituto Turismo de España» [en adelante, TURESPAÑA].

2.- En su recurso de casación, el accionante CE propone nueva redacción para los ordinales undécimo y decimosexto de los HDP, en términos siguientes:

a).- «Undécimo.- El Acuerdo bilateral suscrito el 22/7/2010 entre la mercantil Hostelería Unida Dos, S.A.U. y el Instituto de Turismo de España se resuelve con fecha de efectos 31/1/2013, tras la resolución de fecha 21/12/2012 dictada por la presidencia del Instituto de Turismo de España, por la que se dispone la suspensión temporal de la actividad del Palacio de Congresos por cuestiones técnicas, y no existiendo hasta la fecha adjudicación de un nuevo contrato de prestación de servicios, habiendo quedado desiertas las dos licitaciones ofertadas, una en el año 2011 y otra en el año 2012».

b).- «Decimosexto.- El Palacio de Congresos de Madrid suspendió sus actividades temporalmente por resolución de 21/12/2012, a fin de efectuar obras tendentes a reforzar sus medidas de seguridad, suspensión temporal que inicialmente se fijó hasta el 31/1/2013 para ampliarse posteriormente hasta el 31/12/2013. Posteriormente, por nota escrita sin fecha, entregada en Enero de 2013, se manifiesta por el Instituto de Turismo de España que la suspensión de la actividad del Palacio de Congresos no afecta a las cafeterías y al aparcamiento».

Y en relación con el Derecho aplicado, la RLT denuncia la infracción de los arts. 59 del IV del Acuerdo Laboral Estatal para el Sector de Hostelería [ALEH] y 43 del Convenio Colectivo de Restauración para la CA, en relación con el art. 44 ET.

3.- Por su parte, la empresa HUSA también interpone recurso de casación y en su formulación:

a).- Pretende igual modificación de los mismos numerales del relato factual, a excepción de que en el decimosexto, se sustituye el segundo apartado propuesto [«Posteriormente ...y aparcamiento»], por ésta: «Posteriormente, no se dictó acto administrativo o resolución alguna por la presidencia del Instituto de Turismo de España, aclaratoria, rectificadora o modificativa de la primera de 21 de Diciembre de 2012»; y

b).- Denuncia la infracción de los mismos preceptos que señala el recurso del CE y añade -en motivo independiente- la de los arts. 67 del TR LCAP [RD Legislativo 2/2000, de 16/Junio], y 23 y 26 del TR LCSP [RD Legislativo 3/2011, de 14/Noviembre], en relación con los arts. 1282 y 1117 CC.

SEGUNDO.- 1.- Uniformemente sostiene esta Sala que el proceso laboral viene concebido como un proceso de instancia única y doble grado, de forma que la valoración de la prueba se encomienda al juzgador de instancia y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada -supuesta la necesaria trascendencia de la modificación instada- cuando un posible error se evidencia a través de documentos idóneos -literosuficientes- para ese fin, rechazándose que este Tribunal pueda realizar un nueva valoración de los mismos documentos, pues el presente recurso es extraordinario y no el ordinario de apelación, y en todo caso no es posible sustituir el criterio objetivo del Tribunal de instancia por el subjetivo juicio de evaluación personal del recurrente [con cita de muchas otras anteriores, SSTS SG 23/09/14 -rco 231/13 -; SG 29/09/14 -rco 305/13 -; y 21/10/14 -rco 11/14 -].

Tales exigencias y consideraciones nos llevan a rechazar las pretensiones revisorias que ambas partes han expuesto, pues tal como objeta muy razonablemente el Ministerio Fiscal, la variación del relato factual se propone en atención a los mismos documentos ya tenidos en cuenta por el Tribunal Superior, responden a la subjetiva apreciación de las partes y en todo caso no revisten la exigible trascendencia, pues ni aunque prosperasen llegarían a alterar el signo del fallo.

2.- Por ello, la resolución de la presente litis ha de atender a unos presupuestos fácticos que muy resumidamente son los siguientes:

a).- En 21/01/08, HUSA y TURESPAÑA suscribieron contrato para la explotación del negocio de hostelería en el Palacio de Congresos [Madrid];

b).- El pliego de condiciones contemplaba la «suspensión de la ejecución del contrato por realización de obras de remodelación... con renuncia explícita a reclamar cualquier pago en concepto de indemnización»;

c).- Por documento de 22/07/10 se dispone «la resolución por mutuo acuerdo entre las partes», aunque «se dispone la continuidad en la prestación del servicio por HUSA ... durante un periodo provisional que finalizará en el momento en que se adjudique el eventual nuevo contrato para la prestación del mismo servicio a un nuevo contratista ... ; o bien, alternativamente, y en un plazo lo más breve posible, se decida, en su caso, el cierre del Palacio de Congresos o el cese definitivo de la actividad»;



- d).- TURESPAÑA ya ha licitado la explotación del servicio en dos ocasiones -años 2011 y 2012- y en ambas ocasiones ha quedado desierta la licitación;
- e).- El 21/12/12, TURESPAÑA comunicó a HUSA «la suspensión de la actividad del Palacio, por causas técnicas, situación que se mantiene en la actualidad»;
- f).- Con fecha de efectos de 31/01/13, HUSA resuelve unilateralmente el Acuerdo bilateral suscrito en 22/07/10, y en 01/02/13 la empresa entrega a cada uno de los 37 trabajadores a su servicio carta por la que les comunica «su cese en la explotación del servicio de restauración en el Palacio de Congresos, instando la continuidad de las relaciones laborales bajo la titularidad del Instituto de Turismo de España o, en su caso, con la empresa a la que se adjudique el servicio, siendo las causas de carácter objetivo y productivo (pérdidas continuas)»;
- g).- TURESPAÑA no aceptó la devolución -pretendida por HUSA- de maquinaria, menaje y enseres de la explotación, «por entender que la misma continúa viva, mientras no se resuelva por mutuo acuerdo»; y
- h).- Desde el día 01/02/13, «los trabajadores ... no han podido incorporarse a sus puestos de trabajo al haberseles impedido el acceso al Palacio de Congresos».

TERCERO.- 1.- Antes de nada conviene dejar clara la naturaleza jurídica de la demandada TURESPAÑA, que conforme al art. 1 del RD 425/2013 [14/Junio], por el que se aprueba el Estatuto del Instituto de Turismo de España, ostenta cualidad de «organismo autónomo de los comprendidos en el artículo 43.1.a) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, adscrito al Ministerio de Industria, Energía y Turismo a través de la Secretaría de Estado de Turismo». Cualidad que por fuerza incide en la solución del presente litigio.

2.- Sentado ello, indiquemos -en lo que atañe a la posible aplicación del art. 44 ET - que: a) cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad del servicio de mantenimiento mediante sucesivas contrataciones con diferentes empresas, decide asumir aquella y realizarla por sí misma, sin hacerse cargo del personal de la empresa contratista, no puede decirse que se haya producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el art. 44 ET y en la Directiva 2001/23, de tal forma que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista y no cabe atribuir responsabilidad alguna a la principal (SSTS 06/02/97 -rec. 1886/96 -; ... 27/06/08 -rcud 4773/06 -; 30/05/11 -rcud 2192/10 -; 11/07/11 -rcud 2861/10 -; SG 23/09/14 -rco 231/13 -, FJ 8.C ; SG 17/11/14 -rco 79/14 -); b) siguiendo la misma doctrina hemos mantenido -tratándose de Administraciones Públicas- que la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a una entidad pública, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura y plantilla de dicha empresa, conlleva la aplicación del artículo 44 ET (SSTS 30/05/11 -rcud 2192/10-, para el servicio municipal de retirada de vehículos ; 26/01/12 -rcud 917/11 -, para servicio público asistencial); c) pero que mal puede sostenerse la existencia de sucesión de empresas -tratándose de contrataciones administrativas- cuando ni siquiera se han reanudado los servicios propios de la contrata, pues «esta circunstancia como es lógico obsta -por principio y conforme a la jurisprudencia antes referida- que pueda mantenerse la existencia de sucesión empresarial alguna ex art. 44 ET » que pueda imputarse a la Administración Pública (STS 21/04/15 -rco 91/14 -).

Siendo este último el caso de autos, mal puede sostenerse que el Organismo demandado haya adquirido la cualidad de empresario -como se pretende- respecto de los 37 trabajadores que al servicio de HUSA realizaban los cometidos de la contrata, por el mero hecho de que ésta hubiese cesado -voluntaria y unilateralmente- en los servicios contratados, sin mediar nueva adjudicación y sin que el Organismo codemandado se hubiese hecho cargo del servicio, por el sólo hecho de poner a su disposición -sin que el requerido los aceptase- los medios materiales de los que se había venido sirviendo.

CUARTO.- 1.- EL fracaso de la vía del art. 44 ET para sostener la existencia de subrogación por parte de TURESPAÑA, obliga a considerar el otro cauce utilizado en los dos recursos, la sectorial y pactada que representan tanto el art. 43 del Convenio Colectivo de Hostelería y Restauración para la CAM [BOCM de 03/03/12] como el art. 59 del IV Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal de Hostelería -ALEH- [BOE de 20/09/10]. Extremo en el que reproducimos reciente criterio expuesto en la reciente resolución que más arriba hemos citado [la STS 21/04/15 -rco 91/14 -].

Ambos preceptos son literalmente coincidentes [el Convenio reproduce el Acuerdo]: «Sucesión de contrataciones, Concesión de la explotación de servicios y Concesiones Administrativas. En los supuestos de sucesión por concesiones Administrativas *operará el presente capítulo con independencia de lo contemplado en el pliego de condiciones ...* Supuestos de reversión, al término de contratos de arrendamiento o cualquier otro, mercantil o civil, por cualquier causa de extinción. Si por decisión de la empresa principal o pacto con terceros se decidiese



dejar de prestar los servicios subcontratados o alguno de ellos, de forma provisional o definitiva, *no habiendo continuador de la actividad operará la reversión de la titularidad*. Según lo previsto en el presente capítulo o, en su caso, lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. En estos supuestos, la empresa cedente que venga prestando servicio no deberá asumir el personal adscrito a dicho servicio... La asunción de actividad por parte de la empresa principal, es aquella en la que como consecuencia de su propia decisión, se produzca el cese total y definitivo de la actividad de la empresa que venía prestando el servicio, siendo asumido éste por la empresa principal. Del mismo modo, operará cuando la decisión se adopte por imposición de terceros, o una norma. Todo ello, *sin necesidad de que exista transmisión patrimonial de activos materiales* ».

2.- Ahora bien, la infracción de estos preceptos tampoco puede ser acogida y ello -también- por dos razones:

a).- Aunque está claro que la regulación convencional mejora -y mucho- las prescripciones estatutarias, de todas formas no cabe olvidar, como regla general y sin perjuicio de excepcionales irrupciones en el ámbito sectorial por parte de empresas en principio ajenas a él [supuestos -por ejemplo- como el de las SSTS 21/10/10 -rcud 806/10 - ... 23/09/14 -rco 50/13 -], que el convenio colectivo no puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación, ni en su contenido normativo cabe establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así se infiere del art. 82.3 ET, al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, en el que sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio (entre las recientes, SSTS 21/12/10 -rco 208/09 -; 11/07/11 -rcud 2861/10 -; 17/09/12 -rcud 2693/11 -; 18/09/12 -rcud 3299/11 -; y 19/09/12 -rcud 3056/11 -). Y en caso de autos, entre los pactantes de la normativa de cuya aplicación se trata fueron diversas asociaciones empresariales de hostelería y varias organizaciones sindicales, estando ausente representación alguna de las Administraciones Públicas, que obviamente no pueden quedar vinculadas por los pactos y acuerdos a que aquellas partes hubiesen llegado, y más en concreto por los tres puntos -decisivos en autos- que anteriormente hemos destacado en letra cursiva [*«... operará el presente capítulo con independencia de lo contemplado en el pliego de condiciones ... no habiendo continuador de la actividad operará la reversión de la titularidad ... sin necesidad de que exista transmisión patrimonial de activos materiales* »].

b).- Con mayor motivo se impone la solución cuando tales prescripciones además se oponen frontalmente a contundentes -e imperativas- previsiones legales, como es la razonablemente establecida por el art. 301.4 LCSP [RD Legislativo 3/2011, de 14/Noviembre], para el que «[a] la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante»; y a las previsiones establecidas en el «pliego de condiciones», aceptadas por la empresa cesante y que imperativamente requieren los arts. 48 a 52 LCAP [RD Legislativo 3/2000, de 16/Junio], y que en el concreto caso de autos dispone [cláusula 11.1], reiterando el mandato legal, que «[a] la extinción del contrato no procederá, en ningún caso, la consolidación del personal que la empresa haya destinado a realizar el servicio»; aparte de remitirse -cláusula 2.2- a la obligada aplicación de la ya citada LCSP [Ley de Contratos del Sector Público] y a su Reglamento [RD 1098/2001, de 12/Octubre]. Y no hay que olvidar que la Ley ocupa en la jerarquía normativa una posición superior a la del Convenio Colectivo, razón por la cual -se trata de una exigencia lógica- éste debe respetar lo dispuesto con carácter necesario por aquélla, imponiéndolo así los arts. 9.3 CE y el art. 85.1 en relación con el 3.3 ET (SSTS 09/07/91 -rco 45/91 -; ... 05/03/12 -rco 57/11 -; ... 06/02/14 -rco 261/11 -; 24/02/14 -rco 268/11 -; y 30/04/14 -rcud 2609/12 -).

La obviedad de los argumentos son demostrativos de que en realidad los negociadores del ALEH y del Convenio Colectivo en manera alguna pretendieron -como corresponde a la representatividad de sus negociadores- que las previsiones pactadas alcanzasen a las Administraciones Públicas contratantes, sino tan sólo a las empresas del sector, aunque en este caso cualquiera que fuese el ámbito -público o privado- en el que la contrata tuviese lugar.

QUINTO.- 1.- En último término procede que nos refiramos a la denuncia que HUSA hace respecto de diversas normas de índole administrativa [arts. 67 del TR LCAP, aprobado por RD Legislativo 2/2000, de 16/Junio; y 23 y 26 del TR LCSP -RD Legislativo 3/2011, de 14/Noviembre-], en relación con los arts. 1282 y 1117 CC.

Con tal denuncia sostiene, con carácter principal, la nulidad de las condiciones impuestas en el Acuerdo de 22/07/10, dada «la imposición al contratista de la obligación de seguir prestando el servicio de manera indefinida, configurando, por tanto, una prórroga de duración indeterminada, lo que contradice los más elementales principios de la contratación pública». Y de forma subsidiaria, el recurso sostiene que «el Acuerdo de resolución mencionado adquirió igualmente eficacia con anterioridad a la fecha en que HUSA DOS procedió, vía acta notarial, a la devolución de las instalaciones objeto del servicio y dejó materialmente de prestarlo y, al haberse cumplido las dos condiciones a las que el mismo se sujetó», por considerar la recurrente: a) que la



condición suspensiva consistente en la adjudicación del eventual nuevo contrato para la prestación del mismo servicio, «se cumplió con la declaración de desierto del concurso acordada por TURESPAÑA el 5 de julio de 2011»; y b) que la condición suspensiva de cierre del Palacio de Congresos o cese definitivo de la actividad «se cumplió con la suspensión temporal de actividades acordada el 21 de diciembre de 2012».

2.- Ciertamente es innegable la posibilidad de suscitar en vía jurisdiccional laboral cuestiones prejudiciales administrativas ex art. 4.1 LRJS, y no lo es menos que en las presentes actuaciones su primera característica, la instrumentalidad, habida cuenta de no pueden decidirse por tal cauce cuestiones administrativas que supongan el auténtico objeto del proceso, pues ello desconocería la esencia de la prejudicialidad y constituiría fraude a las reglas de competencia (por ejemplo, SSTS 20/04/92 -rec. 1386/91 -; 01/06/93 -rec. 1070/92 -; ... 22/11/96 -rec. 708/96 -; 16/07/96 -rec. 2232/95 -; y 27/01/97 -rec. 2445/96 -), pero en el presente caso el objeto del proceso es la existencia de un despido colectivo y su imputación a la contratista o a la principal, por lo que la posible nulidad del acuerdo de prórroga de la contrata se presenta -al menos en la lógica del recurrente, que no compartimos- como determinante de su falta de legitimación activa.

Pero coincidimos plenamente con el Ministerio Fiscal cuando sostiene la inviabilidad de la denuncia, porque el segundo requisito que ha de exigirse al válido planteamiento de una cuestión prejudicial es el de la «necesidad» de pronunciamiento sobre la materia, tal como se infiere de las expresiones «competencia funcional por conexión» y «que estén directamente relacionadas» con la cuestión objeto del pleito; como también se colige de tratarse de examen a realizar por quien no tiene competencia genuina y que ha de limitarse -por ello- a los supuestos imprescindibles. Pero es que en el caso de que tratamos, la posible -y pretendida- nulidad del Acuerdo de 22/07/10 ciertamente que bien pudiera generar posibles responsabilidades entre HUSA y TURESPAÑA, pero a la vista de la doctrina que más arriba hemos referido y a nuestra conclusión en orden a la aplicación de los preceptos -estatutario y sectoriales- que se dicen infringidos, la posible invalidez del referido Acuerdo para nada obsta la responsabilidad laboral que respecto de los trabajadores de la contrata corresponde al contratista que se atuvo al Acuerdo durante dos años y medio, y continuó desempeñando la contrata hasta que de forma unilateral decide abandonarla, aunque no existiese nueva adjudicación y tampoco pretendiese hacerse cargo de la contrata la principal. La solución al evidente problema -particularmente de índole económica- que a la demandada se le planteaba era muy otra, sin que a la Sala le correspondiera tan siquiera apuntarla.

SEXTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -como con todo acierto razona el Ministerio Fiscal- que los recursos han de ser desestimados y la sentencia recurrida debe ser confirmada. Con imposición de costas a la empresa recurrente [art. 235.1 LRJS].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos los recursos de casación interpuestos por el COMITÉ DE EMPRESA y por «HOSTELERÍA UNIDA DOS S.A.U.» frente a la sentencia que con fecha 29/Julio/2013 ha sido dictada por el TSJ de Madrid [demanda 28/13], en materia de despido colectivo, cuyo pronunciamiento -de condena de la referida empresa y de absolución del «INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA»- confirmamos en su integridad.

Con imposición de costas a la empresa recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Jesus Gullon Rodriguez Fernando Salinas Molina Maria Milagros Calvo Ibarlucea Luis Fernando de Castro Fernandez Jose Luis Gilolmo Lopez Jordi Agusti Julia Maria Luisa Segoviano Astaburuaga Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Rosa Maria Viroles Piñol Maria Lourdes Arastey Sahun Miguel Angel Luelmo Millan Antonio V. Sempere Navarro Jesus Souto Prieto

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