



Roj: **STS 1509/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1509**

Id Cendoj: **28079149912021100014**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **22/04/2021**

Nº de Recurso: **148/2020**

Nº de Resolución: **427/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 2333/2020,**
AATSJ M 246/2020,
STS 1509/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 427/2021

Fecha de sentencia: 22/04/2021

Tipo de procedimiento: CASACION

Número del procedimiento: 148/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

Procedencia: T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.2

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

Transcrito por: BAA

Nota:

CASACION núm.: 148/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 427/2021

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol



D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. María Luz García Paredes

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 22 de abril de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Federación de Servicios de CC.OO., representada y asistida por la letrada D^a Alicia Santos Hernández, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 26 de febrero de 2020 (procedimiento 319/2019), en actuaciones seguidas por dicha recurrente, contra Complejo Avellaneda S.L., el Instituto Nacional de Seguridad y Salud y Bienestar en el Trabajo (INSST), sobre despido colectivo.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida el Instituto Nacional de Seguridad y Salud y Bienestar en el Trabajo (INSST), representado y asistido por el Abogado del Estado D. Emilio Jiménez Aparicio.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Federación de Servicios de CC.OO., formuló demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sobre despido colectivo, ampliada en escrito de fecha 10 de junio de 2019, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare que el silencio empresarial de COMPLEJO AVELLANEDA SL ante esta la decisión del INSST de impedir el acceso a la cafetería comedor donde los trabajadores prestaban servicio, así como el silencio del INSST de subrogarse en los contratos de trabajo, constituye un despido colectivo tácito, efectuado por las codemandadas, que se ha realizado incumpliendo todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, y artículo 124.2 de la LRJS motivo por el cual el referido despido debe ser declarado NULO o subsidiariamente IMPROCEDENTE, condenándose a la empresa que por el Tribunal se entienda es la responsable del despido efectuado a la totalidad de los trabajadores COMPLEJO AVELLANEDA SL o INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD Y BIENESTAR EN EL TRABAJO (INSST).

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

TERCERO.- Con fecha 26 de febrero de 2020, se dictó sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuya parte dispositiva dice: "FALLAMOS: Que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE CCOO, debemos declarar y declaramos la nulidad del despido colectivo efectuado el 21/2/2019, condenando a la empresa NEXAWAY MARKET, SL a la readmisión de los trabajadores afectados con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar, de los que habrá de responder, de forma conjunta y solidaria, la empresa COMPLEJO AVELLANEDA, SL, condenándose a dichas empresas a estar y pasar por esta declaración con los efectos consiguientes.

Y debemos absolver y absolvemos al INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD Y BIENESTAR EN EL TRABAJO (INSST) de los pedimentos de la demanda. Sin costas".

Con fecha 17 de junio de 2020, se dictó auto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuya parte dispositiva dice: "LA SALA RESUELVE: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a la aclaración de la sentencia de fecha 26-2- 2020 recaída en autos, solicitada por la parte actora".

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- CCOO es Sindicato más representativo en el Sector de Colectividades- Restauración Colectiva y está presente en la representación legal de los trabajadores, siendo el único delegado electo de la candidatura de CCOO. El presente conflicto afecta a la totalidad de la plantilla de COMPLEJO AVELLANEDA, S.L. que



prestaba servicio en el centro de trabajo de la C/ Torrelaguna 73 de Madrid, ascendiendo a un total de seis trabajadores, cuyas circunstancias profesionales son las siguientes:

Dña. Azucena , Camarera, una antigüedad de 5/10/2005 y un salario de 1347,90 euros mensuales con prorrata de pagas extras; Dña. Bernarda , Cocinera, una antigüedad de 16/12/1992 y un salario de 1.595,83. Euros mensuales; D. Romeo , Cocinero, una antigüedad de 1/11/1989 y un salario de 2.349,57 euros; Dña. Carina , Ayudante, una antigüedad de 18/04/2001 y un salario de 771,78 euros; D. Sebastián , Encargado, una antigüedad de 13/03/1997 y un salario de 1.574,37 euros; y Dña. Constanza , Auxiliar Servicios, una antigüedad de 13/07/2009 y un salario de 894,05 euros.

SEGUNDO.- La empresa COMPLEJO AVELLANEDA SL, tenía adjudicada la explotación del negocio de cafetería, servicio de comidas y máquinas de Vending en el INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD Y BIENESTAR EN EL TRABAJO (INSST), desde el 31/7/2017, en virtud de concesión administrativa del expediente NUM000 , estando adscritos a dicha explotación los seis trabajadores antecitados.

TERCERO.- La actividad de COMPLEJO AVELLANEDA SL se rige por lo dispuesto en el Convenio Colectivo Estatal de Colectividades y el V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería.

CUARTO.- En fecha 20/2/2019 la Secretaria de Estado de Empleo ordenó mediante acta ejecutiva la medida cautelar de la suspensión de la ejecución del contrato cuyo objeto es la prestación del servicio de cafetería-comedor en la sede del INSST, C/ Torrelaguna 73, por estar en riesgo grave la salud de los usuarios de la cafetería.

El acta del 20/2/2019 acordando la medida cautelar suspende la prestación del servicio de cafetería-comedor, manteniéndose el servicio de máquinas de vending.

QUINTO.- El 20/2/2019 se comunicó verbalmente por el cliente a los trabajadores el cierre ese mismo día de las instalaciones de la cafetería, permaneciendo los trabajadores en el centro de trabajo hasta la finalización de su jornada laboral.

SEXTO.- El 21/2/2019 los trabajadores antecitados acudieron a su puesto de trabajo, impidiéndoles el INSST su entrada.

SÉPTIMO.- El 21/2/2019 los trabajadores remitieron escrito a COMPLEJO AVELLANEDA SL informando de la imposibilidad de acceder a su puesto de trabajo y solicitando un permiso retribuido a cargo de la empresa, hasta que se resolviera la situación.

Asimismo, el 21/2/2019 se remitió desde la Federación de Servicios de CCOO escrito a la Secretaria general informando de la imposibilidad de los trabajadores de acceder a su puesto de trabajo y solicitando que el INSST se hiciera cargo de los mismos.

Dichos escritos no recibieron respuesta alguna por parte de los codemandados.

OCTAVO.- El 26/2/2019 la Federación de Servicios de CCOO recibió email de la empresa con un escrito dirigido al delegado de personal comunicando la apertura de un expediente de regulación de empleo de suspensión temporal de contrato por causa de fuerza mayor, al cual se respondió ese mismo día indicando que se procediera a abrir período de consultas conforme a lo establecido en el RD 1483/2012 de 29 de Octubre.

Hasta la fecha no se ha notificado formalmente al delegado de personal la apertura del expediente ni su registro ante la Dirección General de Trabajo.

NOVENO.- Según se indica en el pliego de prescripciones técnicas de la licitación del expediente NUM000 , el local, almacén, vestuarios, comedores, cocina, donde se prestaba la actividad de restauración, eran propiedad del INSST; así como los enseres y accesorios, entre ellos las neveras, hornos, cocinas completamente montadas, cámaras frigoríficas y maquinaria.

Pero no son propiedad del INSST las máquinas expendedoras del servicio de vending que había en la cafetería.

DECIMO.- Tras seguirse nuevo expediente para la concesión del servicio de cafetería en el centro con arreglo a las prescripciones técnicas que obran en autos, cuyo contenido se tiene por reproducido, la adjudicataria del servicio es la codemandada NEXAWAY MARKET, SL, que lo viene realizando desde el 01/09/2019. no habiéndose hecho cargo dicha empresa de los trabajadores de COMPLEJO AVELLANEDA, SL, que prestaban servicios en la cafetería antes de su cierre".

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de la Federación de Servicios de CCOO, siendo admitido a trámite por esta Sala.



SEXO.- Transcurrido el plazo concedido para la impugnación del recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar que el recurso formalizado debe ser desestimado. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos.

SÉPTIMO.- Con fecha de fecha 24 de febrero de 2021 se dictó providencia por esta Excmo. Sala en la que se hacía constar lo siguiente: "Estima la Sala que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto, para su celebración, se señala el día veintiuno de abril de dos mil veintiuno, convocándose a todos los Magistrados de la Sala".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión planteada y la sentencia recurrida

1. El recurso de casación interpuesto por la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CC.OO) denuncia, en esencia, la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET) por parte de la sentencia recurrida.

La infracción se habría producido porque, en la demanda por despido colectivo formulada por CC.OO contra Complejo Avellaneda, SL, el Instituto Nacional de Seguridad y Salud y Bienestar en el Trabajo (INSST) y Nexaway Market, SL, la sentencia recurrida, que declaró la nulidad del despido colectivo, absolvió al INSST y únicamente condenó a Nexaway Market, SL (a readmitir a los trabajadores afectados y a abonarles los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar) y a Complejo Avellaneda, SL (a responder solidariamente del abono de estos salarios).

Es esta absolución del INSST por parte de la sentencia recurrida lo que el recurso de casación considera que infringe el artículo 44 ET.

2. Como consta en los hechos probados, la empresa Complejo Avellaneda, SL, tenía adjudicada la explotación del negocio de cafetería, servicio de comidas y máquinas de Vending en el INSST, desde el 31 de julio de 2017, en virtud de concesión administrativa, estando adscritos a dicha explotación seis trabajadores. La actividad de Complejo Avellaneda, SL, se rige por lo dispuesto en el Convenio Colectivo Estatal de Colectividades y el V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería.

El 20 de febrero de 2019, la Secretaría de Estado de Empleo ordenó mediante acta ejecutiva la medida cautelar de la suspensión de la ejecución del contrato, por estar en riesgo grave la salud de los usuarios de la cafetería.

Tras seguirse nuevo expediente para la concesión del servicio de cafetería, se adjudicó a la empresa Nexaway Market, SL, que lo viene realizando desde el 1 de septiembre de 2019, no habiéndose hecho cargo dicha empresa de los trabajadores de Complejo Avellaneda, SL (hecho probado décimo).

3. CC.OO demandó por despido colectivo a Complejo Avellaneda, SL, al INSST y a Nexaway Market, SL.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid 191/2020, 26 de febrero de 2020 (demanda 319/2019), estimó parcialmente la demanda, declaró la nulidad del despido colectivo, condenó a Nexaway Market, SL a readmitir a los trabajadores afectados y a abonarles los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar, a Complejo Avellaneda, SL, a responder solidariamente del abono de estos salarios (no de la readmisión por no ser ya la adjudicataria del servicio), y absolvió al INSST.

La sentencia considera que no se había seguido el procedimiento legalmente establecido, por lo que declara la nulidad del despido colectivo tácito efectuado.

La sentencia justifica la absolución del INSST en "que no se ha hecho cargo del servicio de cafetería en ningún momento, no constituyendo tampoco dicho servicio su cometido propio, por más que sea en el centro del que es titular donde se sigue prestando ese servicio por la nueva adjudicataria"

SEGUNDO. El recurso de casación, su impugnación y el informe del Ministerio Fiscal

1. La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid 191/2020, 26 de febrero de 2020 (demanda 319/2019), ha sido recurrida en casación por CC.OO.

Son tres los motivos de casación.

En el primer motivo, formulado al amparo del artículo 207 d) de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS), el recurso pretende la modificación del salario de una de las seis personas trabajadoras afectadas que consta en el hecho probado primero.



En el segundo, formulado al amparo del artículo 207 e) LRJS, el recurso denuncia la infracción del artículo 44 ET, en relación con los artículos 1295 y 1261 del Código Civil (CC), así como de la "directriz" europea "200/23/CE" (sic; se quiere decir, sin duda, Directiva 2001/23/CE), de 12 de marzo, del Consejo, de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad (en adelante, Directiva 2001/23/CE), y la jurisprudencia que lo desarrolla.

Finalmente, en el tercero, formulado de forma subsidiaria asimismo al amparo del 207 e) LRJS, el recurso denuncia la infracción del artículo 44 ET, en relación con los artículos 1295 y 1261 CC, así como de la "directriz" europea "200/23/CE" (sic; se quiere decir, sin duda, Directiva 2001/23/CE), y la jurisprudencia que lo desarrolla.

El recurso solicita la revocación de la sentencia recurrida en relación con la absolución del INSST y que se dicte una nueva sentencia que condene al INSST como responsable del despido efectuado. Subsidiariamente se solicita la confirmación íntegra de la sentencia recurrida.

2. El recurso ha sido impugnado únicamente por el Abogado del Estado, en representación del INSST.

La impugnación solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

3. El Ministerio Fiscal interesa en su informe la desestimación del recurso.

TERCERO. La desestimación de las causas de inadmisibilidad esgrimidas por el INSST y del primer motivo del recurso

1. El Abogado del Estado, en representación del INSST, alega en su impugnación que el recurso incurre en dos causas de inadmisibilidad. La primera por reiterar las mismas cuestiones que fueron aducidas en la instancia. Y, la segunda, porque el motivo tercero del recurso pide, subsidiariamente, la confirmación de la sentencia recurrida.

Con independencia de la defectuosa técnica del recurso, en lo que coincidimos en parte con el Abogado del Estado, no procede inadmitirlo por estas razones como este propone en su impugnación.

Y no procede la inadmisión sin entrar en el fondo, en primer lugar, porque lo que el recurso denuncia es que es la sentencia recurrida la que incurre en la infracción denunciada, principalmente del artículo 44 ET, sin limitarse únicamente a reproducir los argumentos de la demanda, al menos en lo que al sujeto al que se imputa la lesión hace referencia. En todo caso, no se ha producido la indefensión alegada por el Abogado del Estado, como lo acredita el hecho de que este ha podido impugnar la pretensión y los fundamentos esgrimidos por el recurso de casación, identificándolos y combatiéndolos sin problemas.

Mayor razón tiene el Abogado del Estado cuando señala la anomalía de que, en el tercer motivo, el recurso pida, aun cuando sea de forma subsidiaria, la confirmación de la sentencia recurrida, lo que se reitera en el suplico.

Lo anterior es, en efecto, bien singular, toda vez que nos encontramos ante un recurso que paradójicamente pide, es cierto que de forma subsidiaria, la desestimación del propio recurso. Pero esta peculiaridad no impide que debamos examinar los dos primeros motivos del recurso, en los que no se pide tan paradójica pretensión, examen que procedemos a realizar a continuación.

2. En su primer motivo, el recurso pretende la modificación del hecho probado primero en lo que se refiere al salario de una de las trabajadoras afectadas. El recurso alega que el salario de la trabajadora doña Carina es de 1347,90 euros y no el que consta en el hecho probado primero de 771,78 euros, como, invocando al efecto el documento número 15 de la prueba documental de la parte demandante.

Pero, con independencia de que la estimación del motivo no conduciría a variar el fallo de la sentencia recurrida, lo cierto es que del documento invocado no se deduce el error invocado y menos de forma manifiesta. Por el contrario, en el único documento, dentro del conjunto de los incluidos en el número 15, que guarda cierta relación con el salario de la trabajadora consta una base de cotización precisamente de 771,78 euros.

En consecuencia, el primer motivo del recurso debe ser desestimado.

CUARTO. La sentencia recurrida en casación no vulnera el artículo 44 ET por absolver al INSST y condenar únicamente por despido colectivo nulo a las empresas adjudicatarias del servicio saliente y entrante

1. El segundo motivo del recurso, formulado al amparo del 207 e) LRJS, denuncia la infracción del artículo 44 ET, en relación con los artículos 1295 y 1261 CC, así como de la Directiva 2001/23/CE y de la jurisprudencia que lo desarrolla.

El motivo combate la absolución del INSST, señalando, en primer lugar, que la suspensión temporal del servicio de la cafetería no supone su cierre definitivo, "pudiéndose desarrollar la actividad por un nuevo titular, como



finalmente ha ocurrido o directamente por el INSST", siendo el servicio de comedor y cafetería -para el recurso- un servicio esencial en el centro de trabajo, como lo acredita el hecho -se concluye- de que se dicte la suspensión el 20 de febrero y el 29 de marzo se publique un proceso de licitación.

Según sostiene el recurso con cita de las SSTJUE 21 de noviembre de 2015 (C-509/14) y la dictada en el C-340/01, la existencia de sucesión empresarial quedaría acreditada porque la infraestructura y medios materiales relevantes existían con anterioridad al contrato, son objeto de transmisión y son propiedad del INSST, tratándose -se aduce- de una sucesión por reversión de la actividad.

El recurso cita el artículo 1295, en relación con el artículo 1561, CC, en virtud de los cuales la reversión del contrato debe llevar la devolución íntegra de lo que fue objeto del mismo incluido el personal, añadiendo que el hecho de que el INSST decidiera no asumir el servicio de cafetería, aunque tiene todos los medios para hacerlo, no significa que no haya sucesión de empresa, citando el recurso la STS 26 de mayo de 1987. La no asunción del personal no es tampoco causa suficiente -afirma el recurso- para no aplicar la sucesión de empresa.

Prosigue el recurso con la consideración de que, al haberse producido la sucesión empresarial por reversión de la actividad, debe producirse la subrogación de la plantilla, en aplicación de las sentencias de esta Sala que el recurso cita únicamente por su fecha, una de ellas en relación con el Ministerio de Defensa, y la STJUE 24 de enero de 2002, caso Temco.

El recurso afirma que el convenio colectivo de aplicación a los trabajadores es el Convenio colectivo estatal de colectividades y el V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, que prevé la subrogación en su artículo 57. El recurso alega que, de no ser de aplicación al INSST este Acuerdo, le sería de aplicación el artículo 44 ET y la Directiva 2001/23/CE.

En definitiva, el motivo sostiene que, habiéndose producido una sucesión empresarial por reversión de la actividad, el INSST debió de haber continuado con la actividad del servicio de la categoría y haber subrogado a la plantilla, de manera que, al no haberlo hecho así, se produjo un despido colectivo "tácito" que incumple los requisitos legalmente establecidos (artículo 51 ET y artículo 124.2 LRJS), por lo que debe ser declarado nulo o no ajustado a derecho.

2. La exposición que se acaba de realizar en el apartado anterior de los fundamentos del motivo segundo del recurso, conduce a la clara conclusión de que el motivo parte de una correcta premisa, pero de la que extrae consecuencias completamente equivocadas.

La premisa correcta es que la suspensión temporal del servicio de la cafetería no supone su cierre definitivo, "pudiéndose desarrollar la actividad por un nuevo titular, como finalmente ha ocurrido o directamente por el INSST". Pero lo que sucedió en el caso, como reconoce paradójicamente de forma expresa el propio recurso, es que la actividad pasó a desarrollarse, no "directamente por el INSST", sino por "un nuevo titular", porque se abrió un nuevo proceso de licitación, como asimismo afirma expresamente el recurso.

Es bien elocuente, en todo caso, el hecho probado décimo de la sentencia recurrida: "Tras seguirse nuevo expediente para la concesión del servicio de cafetería ..., la adjudicataria del servicio es la codemandada Nexaway Market, SL, que lo viene realizando desde el 01/09/2019".

En este contexto, cae por su base la fundamentación del motivo.

Hubo sucesión legal o convencional -no es relevante esto ahora- entre el adjudicatario saliente (Complejo Avellaneda, SL) y el adjudicatario entrante (Nexaway Market, SL). Pero lo que no hubo es reversión ni sucesión del saliente (Complejo Avellaneda, SL) al INSST, por lo que ninguna obligación ni responsabilidad puede tener este último por el hecho de que el nuevo adjudicatario (Nexaway Market, SL) no se hiciera cargo, como debería haberse hecho cargo, de los trabajadores de la saliente, que tenían derecho a pasar a ser, por subrogación, trabajadores de la entrante Nexaway Market, SL.

Y, como no se tramitó procedimiento de despido colectivo alguno, existió un despido colectivo de hecho que recibió la calificación judicial de nulo, condenándose a la entrante Nexaway Market, SL, a readmitir a los trabajadores afectados con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta que la readmisión tenga lugar, salarios de los que debe responder de forma solidaria la saliente Complejo Avellaneda, SL, si bien no de la readmisión por no ser ya la adjudicataria del servicio.

Pero de nada de lo anterior -esto es, ni de la readmisión, ni de los salarios dejados de percibir- puede ser responsable el INSST, pues nunca, ni antes (que lo fue Complejo Avellaneda, SL), ni después (que lo fue Nexaway Market, SL), fue la empleadora de los trabajadores afectados ni asumió directamente la prestación del servicio de cafetería. La infraestructura y medios con que se presta el servicio, con excepción de las máquinas expendedoras del servicio de vending, son propiedad del INSST, que los puso a disposición tanto



del adjudicatario saliente como del entrante, pues en ningún momento se ha hecho cargo directamente del servicio, sino que lo adjudicó primero a Complejo Avellaneda, SL, y posteriormente a Nexaway Market, SL.

El motivo afirma, de un lado, que la no asunción del personal no es causa suficiente para no aplicar la sucesión de empresa, y, de otro, que, como sí hubo sucesión de empresa, la no subrogación de la plantilla supuso un despido colectivo realizado sin seguir el procedimiento legalmente establecido, por lo que debe declararse nulo.

De nuevo el recurso parte de premisas correctas -las dos afirmaciones anteriores lo son- pero extrae de ellas consecuencias erradas. Aquellas correctas premisas no se pueden proyectar sobre el INSST, pues la sucesión y la subrogación no se le podían aplicar, sino que se aplicaban y proyectaban sobre el nuevo adjudicatario. Y resulta que esto último es lo que hace, precisamente, la sentencia recurrida, declarando la nulidad del despido colectivo porque el nuevo adjudicatario no se hizo cargo de los trabajadores, como sin embargo debería haberse hecho cargo, por lo que no puede imputarse a aquella sentencia, de ninguna forma, la vulneración del artículo 44 ET, ni de las demás normas que el recurso relaciona con dicho precepto ni de la jurisprudencia que las aplica.

Con independencia de que no le sea aplicable al INSST (remitimos, por todas a nuestras SSTs 21 de abril de 2015, rec. 91/2014, y 19 de mayo de 2015, rec. 358/2014), tampoco la sentencia recurrida ha infringido los artículos 57 y siguientes del V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (publicado en BOE 21 de mayo de 2015, con modificaciones publicadas en el BOE de 29 de marzo de 2019 y de 23 de noviembre de 2020) y concretamente su capítulo XII sobre "subrogación convencional en el subsector de colectividades o restauración social. Garantías por cambio de empresario". Lo que sucede -tendremos que decirlo una vez más- es que el obligado a la subrogación de los trabajadores era el nuevo adjudicatario del servicio (Nexaway, SL) y no el INSST.

3. Ninguno de los restantes fundamentos legales y jurisprudenciales invocados por el recurso pueden modificar la conclusión alcanzada.

Sin que merezca la pena detenerse siquiera en los invocados artículos 1295 y 1561 CC, que no guardan relación con el caso que examinamos, baste con examinar los supuestos enjuiciados por las sentencias del TJUE y de esta Sala mencionadas en el recurso.

a) Siguiendo el orden en la cita del propio recurso y sin que proceda descender a innecesarios detalles, la primera sentencia que se menciona es la STJUE 21 de noviembre de 2015 (C-509/14, Adif v. Aira Pascual). Esta sentencia declara que está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE 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 hacerse cargo del personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal.

Nada tiene que ver el supuesto examinado por esta STJUE, en el que la empresa pública pasó a explotar la actividad, con el enjuiciado por la sentencia recurrida, en el que el INSST no pasó a explotar la actividad, sino que hubo una adjudicación de dicha actividad a una nueva entidad (Nexaway, SL), siendo esta la que incumplió su obligación de subrogación.

b) La segunda sentencia en la que trata de apoyarse el recurso es la STJUE 20 de noviembre de 2003 (C-340/01, Abler v. Sodexho) que declara que la Directiva 77/187/CEE (derogada -y sustituida, cabe decir- por la Directiva 2001/23/CE) se aplica en una situación en la cual una entidad contratante, que había encomendado mediante contrato la gestión completa de la restauración colectiva dentro de un hospital a un primer empresario, pone fin al citado contrato y celebra, para la realización de la misma prestación, un nuevo contrato con un segundo empresario, cuando el segundo empresario utilice importantes elementos de activos materiales utilizados anteriormente por el primer empresario y puestos a su disposición después por la entidad contratante, aun cuando el segundo empresario haya manifestado la intención de no hacerse cargo de los trabajadores del primer empresario.

Desde la perspectiva que interesa al presente recurso (la corrección o no de la absolución del INSST), tanto en el supuesto de la STJUE, como en el del recurso de casación, quien estaba obligado a hacerlo se niega a hacerse cargo de los trabajadores: el obligado en ambos casos era el nuevo adjudicatario o contratista, pero no el hospital (en el supuesto de la TJUE) o el INSST (en nuestro caso).

c) No tiene que ver con el presente caso la STJUE 12 de noviembre de 1992 (aunque por error dice solo 19) (C-209/91, Rask y Christensen), que es la tercera sentencia que menciona. Y ello, porque asimismo respecto de la Directiva 77/187/CEE, la STJUE declara que dicha Directiva puede aplicarse a una situación en la que un



empresario encomienda, contractualmente, a otro la responsabilidad de explotar un servicio destinado a los trabajadores, anteriormente gestionado de forma directa.

No es este el supuesto del actual recurso.

d) La STJUE 7 de agosto de 2018 (C-472/16, Colino Sigüenza) es la siguiente STJUE que el recurso menciona. Esta sentencia declara que debe interpretarse que puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE una situación en la que el adjudicatario de un contrato de servicios cuyo objeto es la gestión de una escuela municipal de música, al que el Ayuntamiento había proporcionado todos los medios materiales necesarios para el ejercicio de esa actividad, la finaliza dos meses antes de terminar el curso académico, despide a la plantilla y restituye dichos medios materiales al citado Ayuntamiento, que efectúa una nueva adjudicación solo para el siguiente curso académico y proporciona al nuevo adjudicatario los mismos medios materiales.

Es paradójico que el recurso trate de apoyarse en esta STJUE, porque dicha sentencia confirma, más bien, el criterio de la sentencia recurrida, en el sentido de que, en un supuesto que guarda similitudes evidentes con el ahora planteado, viene a declarar que la sucesión o subrogación se puede producir entre el anterior y el nuevo adjudicatario, pero no precisamente con el Ayuntamiento (en el supuesto de la STJUE 7 de agosto de 2018, C-472/16, Colino Sigüenza, ni, en nuestro caso, con el INSST). A los efectos del presente recurso, no es relevante que el anterior adjudicatario despidiera a la plantilla (declarando el TJUE que resulta plausible que el despido se hubiera efectuado por razones económicas, técnicas o de organización), despido que no ocurrió de forma expresa -pero sí de hecho- en el caso que estamos resolviendo, porque en ninguno de los dos supuestos es responsable del despido la entidad pública (Ayuntamiento, INSST) que realiza las adjudicaciones.

e) La STJUE 24 de enero de 2002 (C-51/00, Temco) es la última STJUE que el recurso menciona.

También es paradójico que el recurso trate de apoyarse en esta STJUE, pues el criterio que en ella se sienta no es contradictorio, en modo alguno, con el que establece la sentencia recurrida en casación. En efecto, en aquella STJUE se declara que la Directiva 77/187/CEE se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios, que había confiado contractualmente la limpieza de sus locales a un primer empresario, el cual hacía ejecutar dicho contrato por un subcontratista, resuelve dicho contrato y celebra, con vistas a la ejecución de los mismos trabajos, un nuevo contrato con un segundo empresario, cuando la operación no va acompañada de ninguna cesión de elementos del activo, materiales o inmateriales, entre el primer empresario o el subcontratista y el nuevo empresario, pero el nuevo empresario se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo de trabajo, de una parte del personal del subcontratista.

De este STJUE no se pueda extraer la consecuencia, de ninguna de las maneras, de que el INSST debería hacerse cargo de los trabajadores del primer adjudicatario, sino que coincide con la sentencia recurrida, en el sentido de que la sucesión de producirá, en su caso, respecto del segundo adjudicatario.

f) Por lo que se refiere a sentencias de esta Sala invocadas en el recurso, la primera de ellas es la STS 26 de mayo de 1987.

De nuevo hay que señalar que el supuesto que enjuicia esta sentencia no guarda relación alguna con lo que se plantea en el presente recurso. En efecto, lo que ocurrió en el supuesto de la STS 26 de mayo de 1987 es que la empresa principal decidió suprimir el servicio de comedor sin dar la posibilidad de que entrara una nueva empresa a explotar ese servicio. Mientras que, en el presente caso, sí se adjudicó a una nueva empresa el servicio de cafetería.

g) Finalmente, el recurso cita cuatro sentencias de esta Sala que el motivo relaciona con la obligación de sucesión que emana y es una consecuencia de una reversión de la actividad.

Bastaría con recordar que, en el presente supuesto, no se ha producido reversión alguna al INSST, sino que un segundo adjudicatario del servicio de cafetería ha sucedido al primero, siendo ese nuevo adjudicatario el que tendría que haber hecho cargo de los trabajadores.

Pero, en fin, agotando la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, diremos que la primera sentencia mencionada (la STS 12 de julio de 2010, rcud 2300/2009), examina un supuesto de sucesión de plantillas en el que la entrante no se hace cargo de una trabajadora.

La segunda sentencia (la STS 486/2018, 9 de mayo de 2018, rcud 3537/2016) no sienta una doctrina contraria a la de la sentencia recurrida, pues en ambos casos se trata de una actividad que adjudica un Ayuntamiento primero a un adjudicatario y luego a otro, sin que en momento alguno el Ayuntamiento sea quien pase a realizar esa actividad.



Las últimas sentencias de la Sala (SSTS 19 de septiembre de 2017, rcud 2612, 2629, 2650 y 2832 de 2016, y STS 53/2018, 24 de enero de 2018, rcud 2774/2016), se refieren a un supuesto en el que la actividad de cocina y comedor hasta entonces externalizada revertió al Ministerio de Defensa, quien pasó a realizar directamente la actividad. Pero, en el presente caso, la actividad no revertió al INSST ni este pasó a realizar directamente el servicio de cafetería, sino que dicho servicio fue adjudicado a una nueva empresa que sucedió a la anterior.

4. Lo anteriormente razonado conduce necesariamente a la desestimación del segundo motivo del recurso.

5. Y, en fin, por lo que se refiere al peculiar tercer motivo del recurso, en el que se solicita subsidiariamente la confirmación de la sentencia recurrida, lo que como ya se ha señalado es igual a pedir la desestimación del recurso, baste con decir que no merece mayor examen, precisamente por lo recién señalado y porque es un motivo subsidiario. En todo caso, ya se ha rechazado que la sentencia recurrida haya incurrido en las infracciones que el motivo denuncia, que son las mismas que las alegadas en el segundo motivo.

QUINTO. La desestimación del recurso de casación

1. De acuerdo con lo todo lo anteriormente razonado, y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia recurrida.

2. Sin costas (artículo 235.1 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Federación de Servicios de Comisiones Obreras contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 191/2020, 26 de febrero de 2020 (demanda 319/2019), que, estimando parcialmente la demanda de aquella Federación, declaró la nulidad del despido colectivo.

2. Confirmar la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 191/2020, 26 de febrero de 2020 (demanda 319/2019).

3. No imponer costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.