



Roj: **STS 3028/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3028**

Id Cendoj: **28079140012018100685**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/07/2018**

Nº de Recurso: **1168/2017**

Nº de Resolución: **710/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 3763/2017,**
STS 3028/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1168/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 710/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 4 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Urbaser SA, representa y asistida por el letrado D. Carlos David Jiménez Diez- Canseco, contra la sentencia dictada el 1 de febrero de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en recurso de suplicación nº 553/2016 , interpuesto contra la sentencia de fecha 23 de octubre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Sevilla , en autos nº 362/2014, seguidos a instancias de D. Augusto , D. Baltasar , D. Benjamín , D. Calixto , D. Cayetano , D^a. Araceli , D. David , D. Domingo , D^a. Aida y D. Erasmo contra FOGASA, Ayuntamiento de Loral del Rio, Mancomunidad de Servicios de la Vega y Urbaser SA, sobre despido.

Ha comparecido como parte recurrida el Excmo. Ayuntamiento de Lora del Rio representado y asistido por el letrado D. José Antonio Picón Aparicio.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23 de octubre de 2015 el Juzgado de lo Social nº 2 de Sevilla dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos: « **1º.-** Los trabajadores que a continuación se dirán han



prestado sus servicios bajo las órdenes y la dependencia de la empresa URBASER S.A. con la antigüedad, categoría profesional, salario y tipo de contrato siguientes:

TRABAJADOR/A ANTIGÜEDAD CATEGORÍA SALARIO € MODALIDAD DE CONTRATO

Augusto

Baltasar

Benjamín

Calixto

Araceli

Erasmus

David

Domingo

Aida

Cayetano

3 octubre de 2012

29 de abril de 2004

1 de marzo de 2010

1 de mayo de 2002

1 de enero de 2011

28 de noviembre de 2008

17 de mayo de 2008

26 de octubre de 2006

1 de diciembre de 2011

1 de noviembre de 2009

Conductor

Mecánico-responsable de equipo

Peón de limpieza

Peón de limpieza

Peón de limpieza

Peón de limpieza

Conductor

Conductor

Peón de limpieza

Conductor

991,53

1.675,14

851,84

1.116,65

780,86

874,45

1.031,35

1.381,32



957,67

1.253,13

Obra o servicio de 3-10-12 (f. 570 a 573)

Indefinido (f. 588)

Obra o servicio determinado (f. 604)

Conversión en indefinido el 15-12-06 de contrato por obra o servicio determinado de fecha 1-05-02 (f. 943 al 636)

Obra o servicio (f. 634 al 636)

Obra o servicio (f. 651)

Obra o servicio (f. 666)

Obra o servicio de fecha 8 de mayo de 2012 (f. 681 a 684)

Obra o servicio (f. 699 y 700)

Obra o servicio (f. 715)

2º.- En todos los contratos temporales se describía la obra o servicio en relación a la concesión de los servicios de recogida de RSU según el contrato suscrito entre URBASER y el Ayuntamiento y cuya duración se extendería hasta la terminación de la concesión (contratos en la documental nº 16 al 25 de URBASER).

3º.- Los trabajadores prestaban sus servicios a tiempo completo adscritos al servicio de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos de Lora del Río. Concretamente Benjamín , Araceli , Erasmo y Calixto , Domingo y Augusto realizaban sus tareas en limpieza viaria; Calixto , Domingo y Augusto estaban adscritos a residuos sólidos urbanos; Cayetano y David estaban adscritos a residuos sólidos/selectivos y Baltasar estaba adscrito como mecánico a servicios generales y repartía su jornada al 50% entre limpieza viaria y residuos sólidos urbanos. (hecho conforme).

4º.- El servicio de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos era prestado por URBASER S.A. en virtud de adjudicación efectuada por el día 9 de julio de 1998 por el Pleno del Ayuntamiento de Lora del Río por un plazo de quince años prorrogable por seis meses. El día 28 de julio de 1998 se firmó el contrato administrativo de adjudicación de la concesión de la gestión y explotación de los servicios municipales de limpieza varia, recogida de residuos sólidos urbanos y transporte de residuos al centro de eliminación en el término municipal de Lora del Río (contrato a los f. 184 al 190). Los pliegos de condiciones (f. 129 al 166) establecen, por lo que aquí interesa, lo siguiente: El concesionario será titular de un derecho de propiedad de todos los bienes muebles, maquinaria, herramientas y enseres de titularidad pública que el Ayuntamiento tenía adscritos al servicio de limpieza descritos en el Anexo 2º. Tal anexo comprende camiones y barredora así como el alquiler de nave y sus gastos de electricidad (pliego aportado por URBASER como documento al f. 502 última página). Una vez adjudicado el concurso el Consistorio y la concesionaria debería efectuar un inventario incluyendo materiales. Cualquier obra, instalación, bien, mueble o maquinaria etc.. que pasare a formar parte del servicio durante el periodo de vigencia del contrato se incorporaría al inventario. Extinguida la concesión revertirían al Ayuntamiento la totalidad del material móvil reflejado en el inventario, las instalaciones fijas con todo el mobiliario y material sin indemnización. Cada año el inventario debería actualizarse. En cuanto al personal el adjudicatario quedaba obligado a contratar al personal laboral o funcionario que estando adscrito al servicio de limpieza y RSU decidiera incorporarse a aquel. Para ello se realizó un inventario con el personal laboral adscrito al servicio con indicación de datos personales y laborales (antigüedad, categoría, retribuciones y coste empresarial) siendo nuevo los trabajadores adscritos al servicio (documento al f. 502). El Ayuntamiento se comprometía a no contratar nuevo personal desde la aprobación del pliego salvo baja definitiva del personal laboral que pasase a la concesionaria. Finalizada la concesión o rescindido el contrato todo el personal laboral o funcionario que hubiera prestado servicios para la concesionaria en virtud del contrato referido reingresaría al Ayuntamiento. El personal contratado por la concesionaria para la prestación del servicio distinto del anterior (no incluido en el Anexo 1) tendría dependencia exclusiva de aquella y en ningún caso podría pasar a depender del Ayuntamiento.

5º.- En julio de 1998 nueve trabajadores del Ayuntamiento de Lora del Río adscritos al servicio de limpieza viaria y recogida de RSU pasaron a integrarse en la concesionaria del servicio URBASER S.A. (hecho conforme).

6º.- Con motivo de la extinción de la concesión URBASER, con fecha 25 de noviembre de 2013, dirigió un escrito al Ayuntamiento adjuntando la documentación prevista en el art. 52 del Convenio Colectivo , con una relación de los trabajadores adscritos al servicio a efectos de su subrogación por el Consistorio en aplicación



del art. 49 del Convenio Colectivo (escrito a los f. 517 al 520). Mediante escrito de fecha 14 de febrero de 2014 URBASER amplió la documentación pendiente de envío para hacer efectiva la subrogación del personal (f. 535 y 536). El Ayuntamiento de Lora del Río contestó mediante escrito de fecha 20 de febrero de 2014 que obra al f. 537 y 538, por reproducidos, manifestando que solo subrogaría a siete trabajadores.

7º.- El día 17 de febrero de 2014 URBASER comunicó a los trabajadores que con fecha 28 de febrero de 2014 causarían baja en la empresa debiendo ser subrogados con fecha 1 de marzo por la nueva adjudicataria del servicio y todo ello al amparo del art. 44 del ET y el art. 49 del Convenio Colectivo del sector de limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado (BOE de 30 de julio de 2013, nº 181) (f. 8). Los trabajadores se dirigieron entonces al Ayuntamiento de Lora del Río a fin que se hiciera efectiva la subrogación que el Consistorio rechazó argumentando que no era de aplicación el art. 44 del ET ; que no estaba vinculado por el Convenio Colectivo referido; que conforme al pliego de condiciones de la concesión otorgada en su día a URBASER solo reingresarían al servicio del Ayuntamiento una vez finalizada la concesión los trabajadores y funcionarios del Consistorio que en su día accedieron a depender de la concesionaria pero no así aquellos trabajadores que la concesionaria contrató para prestar el servicio. En virtud de lo anterior con fecha 1 de marzo de 2014 el Ayuntamiento de Lora del Río reingresó a siete de los diecinueve trabajadores que prestaban servicios en la concesión dado que dos de los trabajadores que inicialmente pasaron a la concesionaria se habían jubilado durante la vigencia de aquella. (f. 10 y 11).

8º.- A fecha 1 de marzo de 2014 URBASER S.A. tenía adscritos diecinueve trabajadores al servicio de limpieza viaria y recogida de RSU (relación al f. 520).

9º.- El día 1 de marzo de 2014 URBASER procedió a hacer entrega al Ayuntamiento de Lora del Río de los vehículos, maquinaria e instalaciones siguientes: dos camiones de basura, dos barredoras, una furgoneta, un vehículo lavacontenedores, un vehículo hidrolimpiadora, dos vehículos tipo grúa, un ciclomotor y ocho unidades de carro de acero inoxidable más cubo. Así como una nave destinada a taller, almacén y oficinas situada en el PI Matallana nº 26. Además revirtieron al Ayuntamiento diversos útiles destinados a la limpieza y recogida de RSU tales como material de oficina, herramientas, compresores (relación al f. 541, acta de recepción al f. 543, útiles al f. 545).

10º.- El servicio de limpieza viaria es prestado por el Ayuntamiento de Lora del Río desde el 1 de marzo de 2014 y cuenta con trece trabajadores de los cuales cinco proceden de URBASER y que se reintegraron al Ayuntamiento al extinguirse la concesión por ser personal procedente del mismo. El resto de trabajadores son de nueva contratación con contratos temporales de seis meses de duración (contestación del Ayuntamiento de Lora al pliego de preguntas a instancias de la parte actora, f. 744 y contratos a los f. 1013 al 1048).

11º.- El Ayuntamiento de Lora del Río, en sesión de 23 de diciembre de 2013 acordó solicitar a la Mancomunidad de Servicios La Vega la adhesión a la misma para la incorporación y prestación efectiva de los servicios de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos, recogida selectiva, gestión del punto limpio, retirada de enseres voluminosos y limpieza de contenedores. (f. 364). El día 26 de diciembre de 2013 la Mancomunidad aceptó la integración del Ayuntamiento de Lora del Río (anuncio f. 464).

12º.- La Mancomunidad presta al Ayuntamiento de Lora del Río, como Consistorio integrado en la misma, el servicio de recogida y tratamiento de RSU. A tal efecto con fecha 26 de febrero de 2014 el Ayuntamiento acordó que con efecto de 1 de marzo de 2014 adscribía a la Mancomunidad una serie de medios materiales y personales a fin de que por dicha Mancomunidad se prestara el servicio de recogida y tratamiento de RSU. Los medios materiales eran camiones y furgonetas, una oficina y dos trabajadores, concretamente Romeo , conductor y don Sixto , peón, que en su día eran personal laboral del Ayuntamiento adscritos al servicio de recogida RSU y que pasaron a ser contratados por URBASER S.A. (f. 366 e interrogatorio de la Mancomunidad, pliego de preguntas al f. 1092 y 1093).

13º.- La Mancomunidad dispone de su propio Convenio Colectivo que obra a los f. 475 al 499 y de unos Estatutos que figuran a los f. 464 al 474, dándose por reproducidos.

14º.- El Ayuntamiento de Lora del Río dispone de su propio Convenio Colectivo (documental nº 15 del ramo de prueba del Consistorio).

15º.- El Ayuntamiento de Lora del Río ofertó en febrero de 2014 una plaza, de conductor y siete de barrenderos a desempleados para la prestación del servicio de limpieza viaria mediante contratos temporales de obra o servicio por un plazo de seis meses y con fecha prevista de incorporación el 1 de marzo de 2014 (f. 367 al 380). En relación a las plazas de barrenderos el Ayuntamiento de Lora se dirigió al SAE a fin de que se realizara un nuevo sondeo con la ocupación de personal de limpieza y limpiadores en general con una experiencia mínima de seis meses dado que con los requisitos exigidos inicialmente el sondeo mostraba que no había candidatos para las plazas solicitadas (f. 381 al 384).



16º.- Cayetano ha ostentado en el último año el cargo de representante legal o sindical de los trabajadores (hecho conforme).

17º.- Los trabajadores presentaron reclamaciones previas por despido ante el Ayuntamiento de Lora del Río y la Mancomunidad de la Vega.

18º.- El día 11 de marzo de 2014 presentaron papeleta de conciliación por despido. El acto se celebró el día 27 de marzo de 2014 compareciendo únicamente URBASER S.A.(acta al f. 67)».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «ESTIMAR la demanda por despido interpuesta por los trabajadores Inmaculada frente al AYUNTAMIENTO DE LORA DEL RIO y, en consecuencia procede: DECLARAR IMPROCEDENTE EL DESPIDO de los trabajadores que tuvo lugar con fecha de efectos el día 1 de marzo e 2014. CONDENAR al AYUNTAMIENTO DE LORA DEL RIO a optar expresamente, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, entre readmitir a los trabajadores en su relación laboral como en las mismas condiciones que regían antes del despido o indemnizarles en las cantidades indicada en el FD QUINTO y todo ello con las siguientes advertencias legales: 1.- La opción por la indemnización determinará la extinción de la relación laboral a la fecha del despido. 2.- La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la oficina de este juzgado dentro del plazo de CINCO DÍAS desde la notificación de la sentencia sin esperar a la firmeza de la misma. 3.- En caso de no ejercitarse la opción en tiempo y forma se entenderá que la empresa opta por la readmisión. 4.- Si la empresa, conforme a lo expuesto, opta expresa o tácitamente por la readmisión, deberá abonar al trabajador los salarios de tramitación que correspondan desde el 1-03-14 (inclusive) hasta la fecha de notificación de la sentencia (exclusive) a razón del salario declarado en sentencia sin perjuicio de la deducción que proceda respecto de los salarios que el trabajador haya podido percibir desde la fecha del despido como consecuencia de un nuevo empleo y que se determinarán en ejecución de sentencia. DESESTIMAR la demanda por despido interpuesta frente a la empresa URBASE S.A. y la MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS DE LA VEGA. No se hace pronunciamiento respecto al FOGASA sin perjuicio de que, como parte citada al juicio deberá estar y pasar por el contenido del fallo».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Ayuntamiento de Lora del Rio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 1 de febrero de 2017 , en la que consta el siguiente fallo: «Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LORA DEL RÍO contra la sentencia dictada el día 23 de Octubre de 2.015 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Sevilla , en el proceso seguido por la demanda interpuesta en impugnación de despido por D. Augusto , D. Baltasar , D. Benjamín , D. Calixto , D. Cayetano , Da. Araceli , D. David , D. Domingo , Da. Aida y D. Erasmo , contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LORA DEL RÍO, la MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS DE LA VEGA y la empresa "URBASER S.A.", habiendo sido parte el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y declaramos la improcedencia del despido de D. Augusto , D. Baltasar , D. Benjamín , D. Calixto , D. Cayetano , Da. Araceli , D. David , D. Domingo , D^a. Aida y D. Erasmo acordada por la empresa "URBASER S.A." con efectos de 1 de marzo de 2.014, condenando a la empresa "URBASER S.A." a optar entre la readmisión de D. Augusto , D. Baltasar , D. Benjamín , D. Calixto , Da. Araceli , D. David , D. Domingo , D^a. Aida y D. Erasmo con abono con abono de los salarios de tramitación hasta que la readmisión se produzca conforme al salario fijado en la sentencia o extinguir los contratos con efectos de 1 de marzo de 2.014, con abono de las indemnizaciones fijadas en la sentencia de instancia, y sin condena al pago de los salarios de tramitación en este caso. Se reconoce a D. Cayetano , por su condición de representante legal de los trabajadores el derecho a optar entre la extinción de su contrato en la empresa "URBASER S.A." con efectos de 1 de marzo de 2.014, con el percibo de una indemnización ascendente a 7.158,20 €, o la readmisión en esta empresa con el abono de los salarios de tramitación a razón de 49,73€ diarios hasta que la readmisión se produzca, deduciéndose los salarios percibidos en otro empleo y se probase por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación, todo ello entendido sin perjuicio de lo establecido en el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores y del derecho de la empresa a reclamar -en otro pleito dirigido contra el Estado, con citación del demandante- los salarios de tramitación que pague a éste y excedan de noventa días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, hasta la fecha en que se notifique esta sentencia a la empresa. Se absuelve al Excmo Ayuntamiento de Lora del Rio de todas las pretensiones deducidas en su contra en la instancia.».

TERCERO.- Por la representación de Urbaser SA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, sede de Valladolid, en fecha 14 de mayo de 2014 (RS 218/2014).

CUARTO.- Con fecha 11 de octubre de 2017 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.



QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de julio de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión controvertida en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si se ha producido sucesión empresarial, en los términos del art. 44 del Estatuto de los trabajadores (ET), como consecuencia de haber asumido el Ayuntamiento demandado, con sus propios medios, los servicios de limpieza viaria, de recogida de residuos urbanos (RSU) y otros complementarios que en su día fueron objeto de concesión administrativa. Se trata, pues, de dilucidar si el Ayuntamiento demandado estaba obligado a subrogarse en la relación de trabajo de los demandantes que, hasta ese momento, prestaron sus servicios por cuenta de la empresa adjudicataria, hoy recurrente, en virtud de contrato de trabajo por tiempo indefinido de ellos y el resto con contrato para obra o servicio determinado. De tal decisión depende la atribución de responsabilidad a la recurrente por el despido impugnado en el proceso, origen de este procedimiento.

2. La sentencia recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 1 de febrero de 2017 (RS 553/2016) revoca la de instancia que declaró la improcedencia de los despidos del que fueron objeto los actores, y estableció la obligación de la Administración demandada de readmitirlas o indemnizarlas. Se argumenta en la sentencia de suplicación que no ha existido la sucesión de empresa que dice la sentencia de instancia porque no se ha producido transmisión de elementos materiales, sino simple de los bienes del municipio que se cedieron al inicio de la contrata a la adjudicataria del servicio, sin que tampoco haya existido "sucesión de plantillas" sino simple reincorporación al Ayuntamiento del personal laboral que ocupaba el mismo en la contrata cuando cedió la explotación del servicio a la contratista, no de otro, quien es condenada como autora de los despidos improcedentes de los actores a las consecuencias derivadas de esa declaración, con absolucón de la entidad demandada.

Como antecedentes fácticos de esa resolución, conviene recordar, a los efectos que nos ocupan, que la contrata para la limpieza viaria, recogida de residuos sólidos urbanos (RSU) y transporte de los mismos para su eliminación se suscribió por quince años el 28 de julio de 1998. Según el contrato, a la concesionaria se le cedieron todos los muebles, herramientas y enseres del Ayuntamiento adscritos a la prestación del servicio, así como camiones, barredora y nave en alquiler levantándose el oportuno inventario al que se incorporarían todos los muebles, maquinaria etc que se incorporasen al servicio durante la contrata, muebles, maquinaria e inmuebles que revertirían al finalizar la contrata al Ayuntamiento, sin coste alguno para él. Así mismo, la contratista venía obligada a contratar al personal laboral y funcionario del Ayuntamiento destinado en la prestación del servicio que lo pidiera, lo que solicitaron nueve trabajadores. Finalizada la contrata volvieron a ser contratados siete trabajadores de aquellos nueve (dos se habían jubilado) por el Ayuntamiento quien se negó a contratar a los otros doce que la contratista empleaba en el servicio y recepcionó los camiones y demás maquinaria que la contratista venía empleando, así como otros enseres e inmuebles que son relacionados en el ordinal noveno de los hechos probados.

3. La contratista se alza ahora en casación unificadora denunciando la infracción del art. 44 del ET y de la Directiva 2001/23 del Consejo y, como sentencia de contraste, a fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso, conforme al art. 219 de la LJS, trae la dictada por el TSJ de Castilla y León (Valladolid) el 14 de mayo de 2014 (RS 218/2014). Se contempla en ella el caso de una empresa, sucesora precisamente de Urbaser, quien se hizo cargo del personal adscrito al servicio de conservación y mantenimiento de zonas verdes y áreas de juego infantil de determinado Ayuntamiento, así como de la maquinaria con la que el mismo se prestaba, maquinaria consistente en furgoneta, furgón, remolques, desbrozadoras, motosierras, cortasetos, etc. el 30-11-2012, con arreglo a lo establecido en el pliego de condiciones al que se encontraba sujeto el contrato, la empresa Grupo Raga procedió al finalizar la contrata a la devolución de la maquinaria y medios de producción, entre los que se encontraban, también, carros de limpieza que no habían sido objeto de cesión en su día, sino que habían sido adquiridos por Grupo Raga. El Ayuntamiento asumió la gestión directa del citado servicio, pero no se subrogó en la relación laboral del actor. En este caso, se declara la aplicación del art. 44 ET, y ello a pesar de que la mayor parte de la maquinaria, de los equipos de trabajo y de las herramientas que revirtieron al Ayuntamiento habían sido previamente puestas a disposición del adjudicatario del servicio por la entidad municipal, puesto que la citada circunstancia, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, no impide la aplicación de la Directiva 2001/23/CE.

4. Las sentencias comparadas son contradictorias en los términos requeridos por el art. 219 de la LJS, por cuánto resuelven supuestos sustancialmente iguales: reversión de un servicio municipal al Ayuntamiento que



antes lo contrató facilitando a la contratista todos los medios materiales necesarios que ahora se le devuelven. Pese a esa similitud esencial han recaído sentencias contradictorias, pues la recurrida ha considerado que no existía sucesión de empresa del art. 44 del ET y la de contraste que sí, por cuanto la primera ha estimado que no había existido transmisión de elementos patrimoniales, sino devolución de los facilitados por el Ayuntamiento, y la otra que si había existido traspaso de los bienes materiales necesarios para la transmisión.

SEGUNDO.- Entrando a conocer del fondo, debe estimarse el recurso que denuncia la infracción del art. 44 del ET por ser más acorde con nuestra doctrina la contenida en la sentencia de contraste. En efecto, como esta Sala viene señalando desde sus sentencias entre otras, de 30 de mayo de 2011 (R. 2192/2010), 11 de junio de 2012 (R. 1886/2011) y 23 de septiembre de 2014 (R. 231/2013), la reversión de un servicio público, cual es el de limpieza y recogida de basura, a un Ayuntamiento que acuerda su gestión directa, no excluye la aplicación del art. 44 del ET si va acompañada de la transmisión de medios materiales.

Más recientemente, a propósito de la reversión al Ministerio de Defensa de los servicios de cocina y restauración que, previamente, había externalizado para llevarlos a cabo con su propio personal y con elementos materiales propios que antes había cedido al contratista se ha entendido que en esa reversión existía sucesión de empresa, conforme al art. 44 del ET, aunque el Ministerio emplease personal y medios materiales propios. En este sentido las SSTs de 14-09-2017 (R. 2629/2016), 19-12-2017 (R. 2800/2016), 20-04-2018 (R. 2764/2016) y 05-06-2018 (R. 2641/2016), entre otras. Como se dice en ellas, las razones de esa decisión pueden resumirse en los siguientes términos:

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

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

«C) El dato de que las infraestructuras o los medios materiales pertenezcan a la Administración que descentraliza, y los hubiera entregado a la empresa contratista para que llevara a cabo la actividad o el servicio encomendado, no impide que pueda apreciarse una sucesión empresarial encuadrable en el ámbito de aplicación de la Directiva. Ello puede ser determinante, incluso, para comprobar la existencia de transmisión empresarial.».

«Así se pone de relieve en la STJUE de 26 de noviembre de 2014, *Aira Pascual*, C-509/2014, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial español. Para el Tribunal de Justicia de la Unión, no hay duda de la aplicación de la Directiva cuando en un supuesto de reversión de contrata la reasunción de la actividad por parte de la Administración vaya acompañada de la transmisión de los elementos necesarios para desarrollar la actividad, entendidos tales elementos en un sentido amplio, de manera que incluya los activos materiales, inmateriales, la clientela, la analogía o similitud de la actividad desarrollada. Además, la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva.».

En el presente caso concurre la existencia de una operación de reversión del servicio contratado y la entrega de los elementos patrimoniales que resultan inevitables para la continuidad de la actividad, lo que revela la transmisión de un conjunto de medios que conforman una determinada actividad económica que mantiene su identidad tras la reasunción del servicio por parte del Ayuntamiento, sin que pueda negar la existencia de transmisión patrimonial por cuanto existió un contrato que permitía al contratista el uso de los medios materiales de la empresa principal con la obligación de mantenerlos, reponerlos y devolverlos.

La concurrencia de esos elementos determina que estemos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 y del art. 44 ET; sin que, por otra parte, resulte de aplicación el artículo 301.4 TRLCSP que se refiere a supuestos distintos -que se caracterizan, precisamente, por la ausencia de una transmisión empresarial- de los aquí contemplados en los que, como se ha dicho, existe una sucesión de empresa en los términos que establece tanto la Directiva como el art. 44 ET.



TERCERO.- Por ello, conforme al informe del Ministerio Fiscal, procede estimar el recurso, casar y anular la sentencia recurrida y confirmar la sentencia de instancia.

FALLO

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

1. Estimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por Urbaser SA, representa y asistida por el letrado D. Carlos David Jiménez Díez-Canseco, contra la sentencia dictada el 1 de febrero de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en recurso de suplicación nº 553/2016 .
2. Casar y anular la sentencia recurrida dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede de Sevilla y confirmar la sentencia de instancia dictada el 23 de octubre de 2015 , dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Sevilla, en autos nº 362/2014.
3. Decretar la devolución del depósito constituido para recurrir. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENJUR