



Roj: **STSJ CAT 10688/2015 - ECLI:ES:TSJCAT:2015:10688**

Id Cendoj: **08019340012015106793**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **17/11/2015**

Nº de Recurso: **4216/2015**

Nº de Resolución: **6804/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **LUIS REVILLA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08121 - 44 - 4 - 2014 - 8024160

F.S.

Recurso de Suplicación: 4216/2015

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMA. SRA. M. MAR GAN BUSTO

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

En Barcelona a 17 de noviembre de 2015

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 6804/2015

En el recurso de suplicación interpuesto por Serhs Food Area, S.L. frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Mataró de fecha 13 de marzo de 2015 dictada en el procedimiento Demandas nº 369/2014 y siendo recurrido/a Centre d'Iniciatives per a la Reinserció (CIRE), Fondo de Garantía Salarial, Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Agueda , Delia y Juliana . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. LUIS REVILLA PÉREZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22-5-14 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 13 de marzo de 2015 que contenía el siguiente Fallo:

ESTIMAR PARCIALMENT la demanda interposada per les tres treballadors demandants, Agueda , Delia i Juliana , dirigida contra l'empresa "SERHS FOOD AREA, SL", contra el "CENTRE D'INICIATIVES PER A LA REINSERCIÓ - CIRE", contra el DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA i contra el FOGASA; DECLARANT IMPROCEDENT l'acomiadament de les tres treballadors demandants dut a terme per l'empresa "SERHS FOOD AREA, SL" en data 31 de març de 2014; CONDEMNANT a l'empresa "SERHS FOOD



AREA, SL" a o readmetre a les tres treballadores demandants, amb abonament en aquest cas a cada una les tres treballadores dels salaris deixats de percebre, o satisfer a cada una de les tres treballadores demandants, a partir del salari que en cada cas ha estat provat, una indemnització de 45 dies de salari per any treballat, amb un màxim de 42 mensualitats, a calcular entre el dia d'antiguitat que en cada cas correspongui i el dia 11 de febrer de 2012, més una indemnització de 33 dies de salari per any treballat, amb un màxim de 24 mensualitats, calculada entre el dia 12 de febrer de 2012 i el dia de l'acomiadament, 31 de març de 2014, per quantia total de 78.031,80 euros en el cas de la Sra. Agueda , de 21.620,02 euros en el cas de la Sra. Delia i de 14.193,01 euros en el cas de la Sra. Juliana ; DESESTIMANT la petició d'indemnització de danys i perjudicis formulada per la part demandant.

Opció entre readmissió o abonament d'indemnització que correspon a l'empresa només en el cas de la demandant Sra. Agueda . En aquest cas, l'empresa condemnada disposarà d'un termini de 5 dies des de la notificació de la sentència per a optar entre la readmissió o el pagament de les indemnitzacions procedents; opció que a més haurà de realitzar per escrit o compareixença davant la Secretaria del Jutjat, amb advertiment a l'empresa condemnada conforme si no opta en el termini indicat de 5 dies i en la forma establerta s'entendrà que procedeix la readmissió.

Respecte les demandants Sres. Delia i Juliana , en atenció a la seva condició de representants, el dret d'opció correspon a les treballadores.

Respecte el "CENTRE D'INICIATIVES PER A LA REINSERCIÓ - CIRE" i el DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, procedeix la seva absolució.

Respecte el FOGASA, procedeix la seva absolució, sense perjudici de les responsabilitats legals que en el seu cas li puguin correspondre.

En fecha 23 de abril de 2015 se dictó Auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "RECTIFICAR la sentència dictada en data 13 de març de 2015 , concretament en el fet provat primer i en el raonament jurídic tercer, en el sentit de què respecte les Sres. Delia i Juliana no ha estat discutida que ostentaven la condició de delegades de personal, i també el raonament jurídic novè i la Decisió, en el sentit de dir " o readmetre a les tres treballadores demandants amb abonament en aquest cas a cada una de les tres treballadores dels salaris deixats de percebre, o satisfer a cada una de les tres treballadores demandants, a partir del salari que en cada cas ha estat provat, una indemnització de 45 dies de salari per any treballat, amb un màxim de 42 mensualitats, a calcular entre el dia d'antiguitat que en cada cas correspongui i el dia 11 de febrer de 2012, més una indemnització de 33 dies de salari per any treballat, amb un màxim de 24 mensualitats, calculada entre el dia 12 de febrer de 2012 i el dia de l'acomiadament, 31 de març de 2014, per quantia total de 78.031,80 euros en el cas de la Sra. Agueda , de 21.620,02 euros en el cas de la Sra. Delia i de 14.193,01 euros en el cas de la Sra. Juliana , amb abonament en aquest cas a les dues treballadores representants dels salaris deixats de percebre."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

PRIMER.- La treballadora demandant Agueda , amb DNI NUM000 , prestava serveis per compte i sota la dependència de l'empresa "SERHS FOOD AREA, SL", amb CIF B - 59803825 i domicili a Pineda de Mar, amb una antiguitat de data 30 de setembre de 1.974, amb la categoria de cambrera, amb contracte indefinit, amb jornada completa, prestant serveis en el centre penitenciari de Joves de Quatre Camins i sense ostentar la representació legal dels treballadors.

La treballadora demandant Delia , amb DNI NUM001 , prestava serveis per compte i sota la dependència de l'empresa "SERHS FOOD AREA, SL" amb una antiguitat de data 26 de juliol de 2005, amb la categoria de cap de cuina, amb contracte indefinit, amb jornada completa, prestant serveis en el centre penitenciari de Joves de Quatre Camins i havent ostentat la condició de delegada sindical.

La treballadora demandant Juliana , amb DNI NUM002 , prestava serveis per compte i sota la dependència de l'empresa "SERHS FOOD AREA, SL" amb una antiguitat de data 21 d'abril de 2001, amb la categoria d'auxiliar de serveis i neteja, amb contracte indefinit, amb jornada parcial, prestant serveis en el centre penitenciari de Joves de Quatre Camins i havent ostentat la condició de delegada sindical.

SEGON.- El salari de les treballadores inclou determinats conceptes com plus roba, plus disponibilitat i manutenció que juntament amb la prorrata de pagues extres determinen la base de cotització mensual, excepciant-se en canvi de la inclusió el concepte de plus transport, concretament en la Sra. Agueda .

Les treballadores rebien un salari variable mensualment. El promig de salari brut rebut mensualment entre el mes d'abril de 2013 i el mes de març de 2014, ambdós inclosos, amb inclusió de la prorrata de pagues extres,



va ser de 1.857'89 euros en el cas de la Sra. Agueda , de 1.763'89 euros en el cas de la Sra. Delia i de 761'77 euros en el cas de la Sra. Juliana .

TERCER.- L'empresa "SERHS FOOD AREA, SL" és una empresa que es dedica a l'activitat de col·lectivitats i restauració, sotmesa al conveni col·lectiu de treball per al sector de les col·lectivitats de Catalunya.

El CIRE és una empresa pública de la Generalitat de Catalunya que té naturalesa d'entitat de dret públic amb personalitat jurídica pròpia, l'actuació de la qual s'ajusta al dret privat, excepte en els supòsits i les matèries específicament determinades a la llei que el regula, la Llei 23/2009. Pel que fa al seu règim jurídic, sotmet la seva activitat en les relacions externes a les normes del dret civil, mercantil i laboral que li són aplicables. L'entitat depèn directament de la Secretaria General del Departament de Justícia.

El centre penitenciari de Joves de Quatre Camins depèn de la Direcció General de Serveis Penitenciaris del Departament de Justícia.

QUART.- Entre el Departament i l'empresa "SERHS FOOD AREA, SL" es signa adjudicació del servei de cuina en data 9 de desembre de 2008, després de resolució de data 5 de desembre de 2008 que adjudica a l'empresa el servei de restauració per als interns, explotació de la cafeteria i menjador de funcionaris i condicionament i equipament dels espais destinats a cuina central, offices de cada mòdul i de la cafeteria de funcionaris del centre penitenciari de Joves de Quatre Camins, amb vigència prevista fins el dia 30 de setembre de 2012. El contracte que va ser prorrogat fins el 31 de desembre de 2012, posteriorment fins el 30 de juny de 2013 i finalment fins el 31 de març de 2014.

Entre els treballadors que l'empresa "SERHS FOOD AREA, SL" destinava a la prestació del servei de cuina contractat es trobaven les tres treballadores demandants.

CINQUÈ.- Entre l'empresa "SERHS FOOD AREA, SL" i el CIRE es celebra contracte de col·laboració en data 9 de desembre de 2008, bàsicament per a col·laborar ambdues parts professionalment en el marc del servei de restauració per als interns del centre penitenciari de Joves de Quatre Camins i promoure així la formació ocupacional i la inserció laboral de persones sotmeses a mesures judicials, un cop l'empresa "SERHS FOOD AREA, SL" ha resultat adjudicatària de l'expedient NUM003 promogut pel Departament de Justícia i que té per objecte el contracte administratiu especial per a la restauració per als interns, explotació de la cafeteria i menjador de funcionaris i condicionament i equipament dels espais destinats a cuina central, offices de cada mòdul i cafeteria de funcionaris del centre penitenciari Joves, és a dir, el contracte administratiu referit anteriorment, tenint l'acord de col·laboració com a objectiu fonamental la realització per part del CIRE dels processos de producció i distribució dels menjars dels interns del centre penitenciari de Joves de Quatre Camins, un cop s'hagi format adequadament als interns que participaran en els processos sota la direcció tècnica de "SERHS FOOD AREA, SL", donant-se per reproduïda la resta del contracte de col·laboració, així com les pròrrogues de dates 28 de setembre de 2012, 30 de juny de 2013 i 30 de desembre de 2013, en aquest darrer cas amb vigència fins el 31 de març de 2014.

SISÈ.- Així, en el mes de març de 2014, el CIRE hi destinava quatre cuiners amb contracte laboral: Eulogio , Montserrat , Isidro i Octavio ; i des del dia 1 d'abril de 2014 hi destina sis persones amb contracte laboral: Emilio , Juan Pedro , Eulogio , Montserrat , Isidro i Octavio .

El dia 11 de juny de 2014 es fa visita per part d'Inspecció de Treball al centre de Joves de Quatre Camins i es constata la presència de la treballadora Montserrat , cuinera amb horari de 08:00 a 15:00 hores, que manifesta tenir contracte indefinit amb el CIRE, afegint que anteriorment, des del dia 1 de març de 2013, prestava serveis a la cuina de règim interior també a través del CIRE, desenvolupant en l'actualitat funcions de cuina i formatives en relació als interns que també treballen a la cuina; es constata la presència del treballador Emilio , cap de cuina en el centre des del dia 19 de març de 2014, treballador del CIRE, responsable d'organitzar les cuines interior i dels funcionaris del centre; i es constata la presència del treballador Eulogio , treballador del CIRE des del 2009 a la cuina interior, fent funcions de cuina i formatives en relació als interns que treballen a la cuina. No es constata personal d'altres empreses prestant serveis de cuina interna ni de funcionaris.

SETÈ.- En data 17 de gener de 2014, la Direcció de Serveis del Departament de Justícia notifica a l'empresa "SERHS FOOD AREA, SL" la resolució de data 13 de desembre de 2013 en la que es declara la finalització del contracte administratiu per a la restauració per als interns, explotació de la cafeteria i menjador de funcionaris i condicionament i equipament dels espais destinats a cuina central, offices de cada mòdul i de la cafeteria de funcionaris del centre penitenciari de Joves, en recuperació del servei que no es considera en la resolució constitutiva de successió empresarial, atès, es diu, que la recuperació del servei no va acompanyada de la transmissió d'una estructura de suport patrimonial dotada d'autonomia funcional, tota vegada que les instal·lacions són pròpies de l'Administració i les amortitzacions pendents de les inversions realitzades per l'empresa són completament indemnitzades.



VUITÈ.- En data 14 de març de 2014, es comunica a l'empresa que el servei que prestava l'empresa de cafeteria i menjador de funcionaris del centre de Joves serà assumit a partir del dia 1 d'abril de 2014 de forma directa a través de mitjans propis de l'Administració, amb extinció del contracte entre empresa i Administració el dia 31 de març de 2014, i afegint que, donat que el servei serà prestat amb mitjans de l'Administració, no procedeix subrogar al personal de l'empresa.

NOVÈ.- L'empresa "SERHS FOOD AREA, SL" comunica aleshores les dades laborals de les treballadores demandants al Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya.

DESÈ.- En data 17 de març de 2014, l'empresa comunica a les tres treballadores la fi del servei el dia 31 de març de 2014, sense conèixer el nom de l'empresa continuadora, però comunicant que en qualsevol cas donarà de baixa a les tres treballadores, a l'espera de què aquestes rebin comunicació del Departament de Justícia en la que s'informi de l'empresa que continua amb l'explotació del servei per tal de procedir a la subrogació dels contractes de treball a partir del dia 1 d'abril de 2014.

ONZÈ.- El dia 1 d'abril de 2014 no es va permetre l'entrada a les tres treballadores demandants en el centre Joves perquè l'empresa "SERHS FOOD AREA, SL" no prestava ja cap servei en el centre concretament des del dia 31 de març de 2014.

DOTZÈ.- Les tres treballadores demandants van presentar reclamació administrativa prèvia, que va ser desestimada per resolució de data 15 de setembre de 2014, que bàsicament considera que l'article 44 de l'Estatut dels Treballadors no és aplicable a l'Administració en el present cas, ja que l'article exigiria uns elements patrimonials i una identitat en la transmissió que no es donaria en el supòsit en qüestió, afegint que a l'Administració no li seria tampoc aplicable la regulació del IV Acord Laboral en àmbit estatal per al sector de l'hostaleria, a banda de què, en qualsevol cas, segons la resolució, la regulació fixada a l'Acord Laboral no seria aplicable perquè es refereix a supòsits de successió contractual, quan en el present cas l'Administració passa a assumir directament un determinat servei que passa a prestar per sí mateixa. En definitiva, es descarta una subrogació de les tres treballadores per part del Departament de Justícia o del CIRE i per tant es descarta qualsevol responsabilitat laboral.

TRETZÈ.- L'empresa "SERHS FOOD AREA, SL" prestava els seus serveis contractats administrativament en les instal·lacions proporcionades pel Departament

CATORZÈ.- La disposició 32 de l'apartat VII del Plec de Clàusules Administratives Particulars, folis 426 a 455 de la causa, determina que l'administració ha de determinar si la prestació realitzada pel contractista s'ajusta a les prescripcions establertes per a la seva execució i compliment, i, si s'escau, ha de requerir la realització de les prestacions contractades i l'esmena dels defectes observats en ocasió de la seva recepció.

En data 11 d'abril de 2014, es fa informe per la Direcció de Serveis del Departament de Justícia, folis 229 a 241 de la causa, en el que, en relació al condicionament i equipament actuals de les instal·lacions necessàries per a la prestació del servei de restauració del Centre Penitenciari Joves Quatre Camins per part de l'empresa "SERHS FOOD AREA, SL", es constata la inversió en les instal·lacions per part de l'empresa "SERHS FOOD AREA, SL" per quanties de 15.847'50 euros, 5.124'88 euros, 9.177'92 euros i 12.637'04 euros, amb un total de 20.972'38 euros en increment d'obra i de 21.814'96 euros en millores, acceptant el Departament de Justícia els abonaments de les actuacions validades, amb un import de 13.239'14 euros d'un total de 36.885'64 euros reclamats per l'empresa adjudicatària.

Per altra banda, en data 30 d'abril de 2014, s'emeten dues factures de l'empresa "SERHS FOOD AREA, SL" al CIRE, fonamentalment respecte aliments presents a les instal·lacions.

QUINZÈ.- En data 26 de maig de 2014 es celebra sense avinença la prèvia conciliació entre les demandants i l'empresa demandada, havent-se presentat papereta de conciliació el dia 17 d'abril de 2014 i demanda judicial el dia 19 de maig de 2014.

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte codemandada Serhs Food Area, S.L., que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado lo impugnaron, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Recurre la empresa codemandada, luego única condenada, el pronunciamiento de la sentencia que, estimando parcialmente la demanda en la que articulaban acciones acumuladas las tres trabajadoras, declaró improcedentes los despidos tácitos actuados sobre las mismas, con efectos de 31/03/2014, cuando ninguna de las codemandadas admitió la cualidad de empleadora de aquellas, ni la que aparecía como empleadora formal, SERHS FOOD AREA, S.L., empresa saliente en la atención de arrendamiento de servicios de comedor



y cafetería del centro penitenciario de jóvenes de Quatre Camins, dependiente del codemandado, principal, DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, que recuperó el servicio y pasó a atenderlo a través de la empresa pública CENTRE d'INICIATIVES PER A LA REINSERCIÓ (en adelante CIRE).

Como fundamento de su pronunciamiento y de la condena exclusiva de la empresa saliente consideró la sentencia que no existía previsión convencional, o del pliego administrativo de concesión del servicio, que impusiese la subrogación en la cualidad de empleadora de las actoras de quién pasaba a atender el servicio y que, tampoco, se había concurrido supuesto de sucesión empresarial de los previstos y disciplinados en el artículo 44 del ET y es precisamente este pronunciamiento y el corolario de sus consecuencia el que se denuncia incorrectamente aplicado en el recurso que formula la única condenada.

El mismo ha sido impugnado por el CIRE, por una parte, y por el abogado de la Generalitat de Catalunya, por otra.

SEGUNDO .- Articula primer motivo de recurso, amparado en la letra b) del artículo 193 de la LRJS, interesando la modificación del cuerpo fáctico de la sentencia en los términos que se concretarán.

Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimiese o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida; b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas (no siendo cauce para demostrar el error de hecho, la «prueba negativa», consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente (STS 14 de enero [RJ 1986 , 221] , 23 de octubre [RJ 1986, 5886] y 10 de noviembre de 1986 [RJ 1986, 6306] y STS, 17 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7929]) «... sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones y sin recurrir a la prueba negativa consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador.); c), que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola; d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida; e) que en caso de concurrencia de varias pruebas documentales o periciales que presenten conclusiones plurales divergentes, sólo son eficaces los de mayor solvencia o relevancia de los que sirvieron de base al establecimiento de la narración fáctica y, f) que en modo alguno ha de tratarse de la nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Ninguno de estos requisitos se ha completado.

La parte recurrente pretende, en primer lugar nueva redacción para el hecho probado segundo al objeto de que "in fine" en el mismo se incluya el siguiente relato: ".....pagues extras a efectes indemnizatoris sense computar els plusos extrasalarials va ser de 1.749,08 euros, en el caso de la Sra. Agueda , de 1.692,73 euros, en el cas de la Sra. Delia i de 721,72 euros en el cas de la Sra. Juliana ".

En esencia lo que se pretende es que se excluya como parte integrante del salario parámetro acreditado al objeto del cálculo de las indemnizaciones legales algunos conceptos, por los que se efectuaba cotización y que formaban parte la base de cálculo de la misma, pero que aparecían documentadas en los recibos salariales como suplidos indemnizatorios extrasalariales bajo la denominación "plus roba" o "manutenció". Pero es valoración jurídica la que lleva al magistrado a considerar, no que el suplido extrasalarial deba computarse como verdadero salario al objeto de la determinación del parámetro para el cálculo de las indemnizaciones, independientemente de que deba cotizarse, o no, porque tras la reciente reforma este no es el hecho determinante de la naturaleza jurídica como salario o como indemnización, sino otra diversa: concretamente que lo que se documentaba como suplido extrasalarial, en teatralización fraudulenta, era verdadero salario. Con ello, en cuanto a la determinación del concreto salario parámetro supone valoración jurídica de la recurrente, de indebida ubicación en el cuerpo fáctico de la sentencia, el motivo ha de rechazarse y sin perjuicio de que pudiera haberse reservado la censura para el motivo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS , que no es supuesto concurrente y que es la única vía en la que el motivo podría haberse estudiado y resuelto por la Sala.

TERCERO .- Se pretende, ahora, la adición de un nuevo hecho probado, que sería el décimo sexto y que se postula diga: "A partir del 1 de abril de 2014 la Administración encomienda el servicio de alimentación del Centre Penitenciari de Joves que ha finalizado previamente a la empresa SERHS, a través de la empresa CENTRE d'INICIATIVES PER A LA REINSERCIÓ, CIRE".



Pretensión a la que tampoco podrá accederse, por baladí e innecesaria, si se tiene en cuenta que del relato de la sentencia, en algún caso incluido en el cuerpo jurídico y con verdadero valor de hecho probado, ya se recoge y relata que es el CIRE, sin interrupción de la solución de continuidad, el nuevo prestador del servicio, como organización técnica de la Administración para la atención del servicio del que es deudora aquélla.

CUARTO .- También en el ámbito de la censura fáctica se pretende la modificación del hecho probado décimo tercero al objeto de que el mismo presente el siguiente redactado: "El día 1 d'abril el Centre Penitenciari de Joves no va permetre l'entrada a les tres treballadors demandants".

Pretensión que no podrá acogerse por lo baladí e insustancial a la hora de aportar circunstancia relevante para la solución del conflicto, respecto al redactado original del hecho que, además da mejor detalle sobre aquélla.

QUINTO .- Finalmente también se pretende nueva redacción para el hecho probado décimo tercero al objeto de que se añada al mismo, "in fine" lo siguiente: "...departament de Justicia tornant les instal.lacions i elements patrimonials i productius a l'administració per la continuïtat del servei. El CIRE rep en data 01/04/2014 juntament amb l'encàrreg del servei de cafeteries i menjadors del Centre Penitenciari de joves, les instal.lacions per dur-lo a terme".

Pretensión a la que tampoco podrá accederse, por baladí e innecesaria, si se tiene en cuenta que del relato de la sentencia, en algún caso incluido en el cuerpo jurídico y con verdadero valor de hecho probado, ya se recoge y relata que es el CIRE, sin interrupción de la solución de continuidad, el nuevo prestador del servicio, como organización técnica de la Administración para la atención del servicio del que es deudora aquélla y utilizando los medios productivos propios y sitios en el centro de trabajo.

Con todo ello no puede ser acogido el motivo y, por ello el recurso, en este ámbito, ha de ser desestimado.

SEXTO .- Ahora, con amparo procesal en la letra c) del artículo 193 de la LRJS, denuncia la aplicación indebida del artículo 44.1 y 2 del ET, en relación la normativa comunitaria que luego se citará, el artículo 59 del Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería y de la jurisprudencia del TS y del TJCEE que expresamente transcribe.

Y centrados en estos exclusivos términos los extremos del debate la censura jurídica está condenada al fracaso, porque, articulado igual motivo en la contestación a la demanda por la condenada, el magistrado de instancia, en certera reflexión, ya concluyó que no se había producido sucesión de empresas en los términos disciplinados en el artículo 44 del ET para habilitar la condena en los términos que se pretenden en el recurso.

Conteste en las partes es la existencia de despido y que este merece la calificación jurídica de improcedente, por falta de causa y complemento de la exigencia formal, y también que no puede extenderse la responsabilidad de la extinción improcedente a la Administración, titular del centro penitenciario que recupera el servicio y que lo pasa a ejercer a través de empresa pública vinculada e instrumental, por previsión convencional, porque ni el Convenio de Colectividades ni el Acuerdo que se cita en el recurso puede ser aplicable a la Administración, queda, como única cuestión litigiosa, si concurrió figura de sucesión empresarial entre la empleadora inicial de las actoras y la Administración que recupera el servicio, en cuanto la respuesta a tal cuestión determinará quién, o quienes, de las codemandadas deberán responder de las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido.

En recensión: necesaria valoración jurídica de la circunstancia fáctica y coyuntural que se acredita, es la que determinará quien o quienes de las codemandadas han de responder de las consecuencias objetivas que derivarán de la necesaria declaración de improcedencia del despido improcedente actuado sobre las trabajadoras demandantes.

Y, a este respecto debe tenerse en cuenta el artículo 44 del ET, en la redacción dada por la Ley 12/2001, para incorporar a nuestro ordenamiento interno el contenido de las Directivas Europeas 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, y 1999/70/CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, dispone:

"1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.



3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos intervivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.

4. Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.

Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

5. Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad".

Con ello aparece axial y como elemento único para la solución del debate el determinar si lo concurrente es figura de sucesión de empresas de las previstas y disciplinadas en el artículo 44 del ET .

A este respecto ha de señalarse que la jurisprudencia tradicional de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo vino manteniendo desde siempre que, para que exista la transmisión de empresas regulada en el artículo 44 del ET , no bastaba con el hecho de que trabajadores de una entidad empresarial pasasen a prestar servicios en otra diferente, sobre todo en sectores de actividad en que es habitual la suscripción de contratos de arrendamiento por las empresas principales con terceras para la prestación de determinados servicios accesorios a la actividad como seguridad, limpieza y otros, pues, se dijo, que era, además, necesario que se produjese "la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación". Así, por ejemplo, se ha dicho en las sentencias de 5 de abril de 1993 , 23 de febrero de 1994 , 12 de marzo de 1996 , 25 de octubre de 1996 , 15 de diciembre de 1997 , 27 de diciembre de 1997 , 24 de abril de 1998 y 17 de julio de 1998 ; así como en las más recientes 29 de febrero del 2000 , 30 de abril del 2002 (ésta dictada en Sala General), 17 de mayo del 2002 , 13 , 18 , 21 y 26 de junio del 2002 , 9 de octubre del 2002 , 13 de noviembre del 2002 , 18 de marzo del 2003 y 8 de abril del 2003 .

No obstante, como dice la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 2008 : "tal estricta doctrina ha sido matizada a partir de la sentencia de esta Sala de 20 de octubre del 2004 (rec. 4424/2003), a la que siguieron las de 21 de octubre del 2004 (rec. 5073/2003), 27 de octubre del 2004 (rec. 899/2002) y 26 de noviembre del 2004 (rec. 5071/2003), las cuales aceptaron los criterios que, respecto a la sucesión o transmisión de empresas, ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diferentes sentencias, entre las que cabe mencionar las de 11 de marzo de 1997 (caso Süzen), 10 de diciembre de 1998 (caso Hernández Vidal), 10 de diciembre de 1998 (caso Sánchez Hidalgo), 2 de diciembre de 1999 (caso GC Allen), 26 de septiembre del 2000 (caso Didier Mayeur), 25 de enero del 2001 (caso Liikenne), 24 de enero del 2002 (caso Temco) y 20 de noviembre del 2003 (caso Carlito Ablér).

Conviene recordar que el artículo 1-a) de la Directiva 98/50 CE del Consejo de 29 de junio de 1998, que modificó la Directiva 77/187/CEE del Consejo de 14 de febrero de 1977, establece que "la presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión"; y el apartado b) de este art. 1º de dicha Directiva precisa que "sin perjuicio de lo estipulado en la anterior letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará traspaso en el sentido de la presente Directiva, el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria". Estos mismos preceptos se reproducen en los apartados a) y b) del art. 1º de la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo del 2001 .

Estas normas comunitarias dieron lugar en nuestro país a la modificación del art. 44 del ET que dispuso la Ley 12/2001, de 12 de julio. Esta Ley no modificó la dicción inicial del número 1 de este art 44, con lo que sigue diciendo esta norma que "el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior ...". Pero sí introdujo en este art. 44 un nuevo número 2 en el que se establece lo siguiente: "A los efectos de lo previsto en el presente artículo se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que



mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria".

Según se desprende de lo que ordenan las normas comunitarias y estatales que se acaban de reseñar, es evidente que para que se pueda apreciar la existencia de sucesión de empresa, conforme a las mismas, es de todo punto necesario que se haya producido la transmisión de una "entidad económica" formada o estructurada por "un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica". Es claro, por consiguiente, que si no se produce la cesión de ese conjunto de medios organizados difícilmente podrá existir traspaso o sucesión de empresas. De ahí que, en principio, no puede calificarse de traspaso o sucesión de empresa la mera cesión de actividad o la mera sucesión de plantilla".

Y acercándonos a supuesto análogo al que nos ocupa en que la esencia y grueso de la actividad económica empresarial descansa casi en exclusiva en la aportación y organización de los servicios personales de los trabajadores adscritos a la atención del servicio de cafetería y comedoresta misma Sala, haciendo recensión de la doctrina aplicable, ha dicho en su sentencia de 02/03/2012 : "Teniendo en cuenta lo que establece en lo que es de aplicación al presente caso en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), sentencia de 20 enero 2011 .TJCE011: ".....Sin embargo, conforme al artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23 (LCEur 2001 , 1026), para que ésta resulte aplicable, la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular. Para determinar si tal entidad mantiene su identidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan a la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (véanse, en particular, las sentencias de 18 de marzo de 1986 [TJCE 1986, 65] , Spijkers, 24/85, Rec. p. 1119, apartado 13 ; de 19 de mayo de 1992 [TJCE 1992, 99], Redmond Stichting, C- 29/91, Rec. p . I-3189, apartado 24; de 11 de marzo de 1997 [TJCE 1997, 45], Süzen, C-13/95, Rec. p . I- 1259, apartado 14 , y de 20 de noviembre de 2003 [TJCE 2003, 386], Abler y otros, C-340/01 , Rec. p. I-14023, apartado 33).

El Tribunal de Justicia ha señalado anteriormente que una entidad económica puede funcionar, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, de modo que el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos (véanse las sentencias antes citadas, Süzen [TJCE 1997, 45] , apartado 18; Hernández Vidal y otros [TJCE 1998, 308], apartado 31, y UGT-FSP, apartado 28).

Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable (véanse las sentencias Süzen [TJCE 1997, 45] , antes citada, apartado 21; Hernández Vidal y otros [TJCE 1998, 308] , antes citada, apartado 32; de 10 de diciembre de 1998 [TJCE 1998, 309] , Hidalgo y otros, C-173/96 y C-247/96, Rec. p. I-8237, apartado 32; de 24 de enero de 2002 [TJCE 2002, 29], Temco, C-51/00 , Rec. p. I-969, apartado 33, y UGT-FSP [TJCE 2010, 241] , antes citada, apartado 29).

Por otra parte la jurisprudencia en lo que es de aplicación al presente caso que se recoge en la sentencia Roj: STS 4437/2010.Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social nº de Recurso: 2300/2009 Fecha de Resolución: 12/07/2010....a partir de las sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 -reiteradas por las sentencias de 29 de mayo y 27 de junio 2008 - para acomodarla al criterio que en aplicación de la Directiva 2001/23 ha mantenido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea- en numerosas sentencias entre las que pueden citarse las de 10 de diciembre de 1998 (casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal), 25 de enero de 2001 (caso Liikeene), 24 de enero de 2002 (caso Temco Service Industries) y 13 de septiembre de 2007 (caso Jouini), que sostienen que "en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica" y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese en la actividad contratada, cuando "el nuevo empresario no



se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea".

Y la que se recoge también en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 14 febrero 2011 . RJ011734. Recurso de Casación núm. 130/2010 Por ello el artículo 44.1 ET (RCL 1995, 997) afirma la posibilidad de llevar a cabo esos procesos sin que signifiquen la extinción de las relaciones laborales de los trabajadores "quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior". Por su parte, el artículo 44.2 ET contiene la descripción de lo que haya de entenderse por sucesión de empresa, para decir que se producirá cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

Del mismo modo y en el mismo sentido, el artículo 1. b) de la Directiva 98/50 CEE, de 29 de junio de 1.998 (LCEur 1998, 2285) establece que se considerará traspaso en el sentido de la presente Directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria.... STS de 27 de octubre de 1.994 (RJ 1994, 8531) , (recurso 3724/93) , 20 de octubre de 2.004 (RJ 2004, 7162) (recurso 4424/2003) , 29 de mayo de 2.008 (RJ 2008, 4224) (recurso 3617/2006) y 28 de abril de 2.009 (RJ 2009, 2997) (recurso 4614/2007). Con arreglo a esa conocida doctrina, la unidad productiva es una noción objetiva que en el contexto del art. 44 ET (RCL 1995, 997) se define por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario para ser susceptibles de una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado".

SÉPTIMO .- Ya en el análisis del supuesto de hecho tenemos que consta que el grueso de la actividad productiva explotada es la atención de los servicios de comedor y cafetería de un determinado establecimiento, centro de trabajo, concertados como principal por la Administración Penitenciaria, titular del mismo y que recupera su explotación para cederla a empresa pública vinculada e instrumental, que, sin interrupción de la solución de continuidad sigue desarrollándola utilizando en la explotación los medios productivos propios del centro de trabajo que ha implementado, de forma directa o indirecta, la Administración titular del centro que los recupera cuando se extingue el contrato anterior.

En este marco en que se produce la recuperación de un servicio público, recuperación para la que existía mandato del Parlamento de Catalunya, y en el los medios productivos son propios, si se tiene en cuenta que la empresa saliente ya fue indemnizada en todas las inversiones de mejora e implementación de las instalaciones y medios que realizó, podemos concluir, como ya hizo la sentencia, que no se produjo transmisión de los sustanciales elementos productivos para el desarrollo de una actividad empresarial independiente de lo que es un verdadero servicio público.

Queda acreditado en este caso que analizamos, como recoge la sentencia de instancia, que aunque la Administración, a través de empresa pública vinculada e instrumental en la rehabilitación de condenados a pena privativa de libertad, recupera el servicio de cafetería y comedor del centro de trabajo, que, por otra parte ya venía realizando parcialmente a través de trabajadores del CIRE, no se produjo transmisión del conjunto sustancial de elementos productivos que permita observar la actividad como unidad organizada autónoma y susceptible, sin complemento, de desarrollo independiente.

El supuesto que se acredita no encaja, por tanto, en la definición jurídica de la sucesión empresarial que es figura jurídica cuyas consecuencias no pueden aplicarse al supuesto que nos ocupa con lo que, habiendo concluido con acierto la sentencia debe esta confirmarse y desestimarse el recurso.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación que formula SERHS FOOD AREA, S.L., contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Mataró, autos 369/2014, de fecha 13 de marzo de 2015, seguidos a instancia de doña Agueda , doña Delia y doña Juliana , contra la recurrente, única condenada, el DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, la empresa pública CENTRE d'INICIATIVES PER A LA REINSERCIÓ y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre despido, debemos de confirmar y confirmamos la citada resolución en todos sus pronunciamientos.

Habiéndose desestimado el recurso, se dispone la pérdida de la cantidad objeto de depósito, que se ingresará en el Tesoro Público, y respecto a la consignación, désele el destino legal. Se imponen a la recurrente las



costas, que incluirán los honorarios de los letrados de las partes impugnantes, y que esta Sala establece en las sumas respectivas de 300,00 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), cuenta Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.