

Roj: **STS 1039/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1039**Id Cendoj: **28079140012016100106**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **09/02/2016**Nº de Recurso: **400/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Auto de aclaración**Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 4502/2013,**
STS 1039/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Febrero de dos mil dieciséis.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de MONCOBRA, S.A. frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en fecha 8 de noviembre de 2.013 [recurso de Suplicación nº 242/2013], que resolvió el formulado por la misma parte frente a la sentencia dictada con fecha 24 de septiembre de 2.012, por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife , sobre DESPIDO.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de septiembre de 2012 el Juzgado de lo Social núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimado parcialmente las demandas de despido interpuestas por don Olegario y don Jose Ángel , frente a MONCOBRA, S.A., CLECE, S.A. y la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, UNIVERSIDADES Y SOSTENIBILIDAD, declaro la improcedencia del despido efectuado a ambos actores con efectos del 30/11/2011, y condeno a MONCOBRA, S.A. a que, a su opción, o bien readmita a los actores en sus puestos de trabajo en las mismas condiciones que regían antes del despido, o bien les abone, a cada uno de ellos, una indemnización de SIETE MIL TRESCIENTOS NUEVE EUROS CON OCHENTA CÉNTIMOS (7.309,80-euros); opciones que deberá realizar MONCOBRA, S.A. empleadora condenada en el plazo de los CINCO días siguientes a partir de la notificación de la presente sentencia, mediante escrito o comparecencia ante la Secretaria de este Juzgado, advirtiéndole que, de no optar en plazo, se entenderá que proceden las readmisiones; e igualmente condeno a MONCOBRA, S.A. a que, sea cual sea el sentido de la opción, abone a cada uno de los actores los salarios de tramitación dejados de percibir desde el día siguiente al despido hasta la notificación de esta resolución a razón de una cuantía diaria, en ambos casos, de 40,61-euros brutos".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: "**PRIMERO.-** El actor, don Olegario , ha venido prestando servicios por cuenta y dependencia de la empresa MONCOBRA, S.A. con una antigüedad del 03/12/2007, con la categoría profesional de oficial de la, y percibiendo un salario de 1.218,29-euros brutos con la prorrata de pagas extraordinarias.- La relación se formalizó mediante la suscripción de un contrato eventual de obra o servicio determinado, suscrito en fecha 26/11/2007, en cuya cláusula sexta se fijó como causa del mismo "mantenimientos de los colegios del Gobierno de Canarias según carta de adjudicación de fecha 12 de noviembre de 2007", previéndose una duración del mismo desde el 03/12/2007 hasta la finalización de la obra.- No ostenta ni ha ostentado, en el último año, la condición de legal representante de los trabajadores.- **SEGUNDO.-** El actor, don Jose Ángel , ha venido prestando servicios por cuenta y dependencia de la empresa MONCOBRA, S.A. con una antigüedad del 03/12/2007, con la categoría profesional



de oficial de la, y percibiendo un salario de 1.218,29-euros brutos con la prorrata de pagas extraordinarias.- La relación se formalizó mediante la suscripción de un contrato eventual de obra o servicio determinado, suscrito en fecha 26/11/2007, en cuya cláusula sexta se fijó como causa del mismo "mantenimientos de los colegios del Gobierno de Canarias según carta de adjudicación de fecha 12 de noviembre de 2007", previéndose una duración del mismo desde el 03/12/2007 hasta la finalización de la obra.- No ostenta ni ha ostentado, en el último año, la condición de legal representante de los trabajadores.- **TERCERO.**- La prestación de servicios la desarrollaban los actores en los institutos de educación secundaria titularidad de la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, UNIVERSIDADES Y SOSTENIBILIDAD. Previa licitación pública, dicha Administración había adjudicado a MONCOBRA, S.A. la prestación de los servicios de mantenimiento de dichos centros docentes (y otros), concertando las partes un contrato administrativo de servicios en fecha 30/11/2007, con una duración inicial de dos años y prorrogable dos años más.- En fecha 15/09/2011 la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, UNIVERSIDADES Y SOSTENIBILIDAD comunicó a MONCOBRA, S.A. la finalización del contrato antes señalado, con efectos del 30/11/2011, por finalización de la prórroga prevista.- **CUARTO.**- A partir del 01/12/2011 la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, UNIVERSIDADES Y SOSTENIBILIDAD comunicó a los Directores de los centros educativos que MONCOBRA, S.A. dejaría de prestar el servicio de mantenimiento y que por lo tanto que no debían dejar acceder a dicho personal a las instalaciones de los colegios.- Igualmente, a partir del 01/12/2011 la Consejería codemandada recuperó el objeto de la contrata y pasó a desarrollar con sus propio personal los servicios de mantenimiento de los centros docentes objeto de la contrata suscrita con MONCOBRA, S.A. Esta situación se mantuvo hasta el 25/06/2012, fecha en la que la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, UNIVERSIDADES Y SOSTENIBILIDAD concertó con CLECE, S.A. un contrato administrativo para la prestación de los servicios de mantenimiento de los institutos de educación secundaria de la zona norte, previo haber seguido el proceso público de licitación. CLECE, S.A. pasó a desarrollar estos servicios contratados a partir del citado 25/06/2012.- **QUINTO.**- En fecha 25/11/2011 MONCOBRA, S.A. notificó a cada uno de los actores una carta del siguiente tenor literal: *"Muy Señor nuestro, Por medio de la presente pongo en su conocimiento que, a partir del próximo 1 de diciembre de 2011, la Consejería de Educación, Universidades y Sostenibilidad del Gobierno de Canarias dejará de prestar el servicio de mantenimiento y conservación de centros docentes de la Comunidad Autónoma de Canarias a través de la empresa MONCOBRA, S.A., fecha en la que Ud. Pasará a depender directamente de la citada Consejería quien será, ella misma, la que se hará cargo del servicio durante la fase de tramitación de la nueva contratación, que tiene prevista para el mes de Mayo de 2012.- Sin otro particular, atentamente."*- **SEXTO.**- Cuando CLECE, S.A. pasó a desarrollar, el 25/06/2012, los servicios de mantenimiento concertados con la Consejería, contrató a doce empleados.- Asimismo adquirió material y herramientas para llevar a cabo el servicio contratado.- **SÉPTIMO.**- Con fecha 23/12/2011 se presentaron por ambos actores papeletas de conciliación ante el servicio administrativo competente frente a la codemandada MONCOBRA, S.A., celebrándose los actos conciliatorios el día 17/01/2012, terminando con el resultado de "sin avenencia". El día 24/01/2012 los actores presentaron sendas demandas en el Decanato de estos Juzgados que fue repartida a este Juzgado de lo Social en fecha 26/01/2012 y que fueron acumuladas.- Asimismo ambos actores formularon en fecha 23/12/2011 reclamación previa frente a la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, UNIVERSIDADES Y SOSTENIBILIDAD que fue desestimada por ésta por resolución de fecha 27/01/2012.- **OCTAVO.**- Para el caso de improcedencia del despido, ninguna de las dos mercantiles codemandadas optaron por anticipar el sentido de la opción en el acto de juicio; y la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, UNIVERSIDADES Y SOSTENIBILIDAD optó en ese caso por extinguir la relación de los actores con la obligación de abono de la indemnización.- Y para el caso de que se declarara la existencia de cesión ilegal de trabajadores, los actores optaron por reincorporarse en la plantilla de la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, UNIVERSIDADES Y SOSTENIBILIDAD".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de MONCOBRA, S.A., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz de Tenerife, la cual dictó sentencia en fecha 8 de noviembre de 2013, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa "MONCOBRA, SA" contra la sentencia de fecha 24 de septiembre de 2012, dictada por el JUZGADO de lo SOCIAL N° 2 de los de Santa Cruz de Tenerife en los autos de juicio 97/2012, la cual confirmamos íntegramente.- Se decreta la pérdida del depósito efectuado para recurrir, al que se dará el destino previsto legalmente.- Se mantiene el aseguramiento de la cantidad objeto de condena para ser realizado, en su caso, en ejecución de sentencia.- Se condena en costas a la empresa recurrente, "MONCOBRA, SA", incluyéndose los honorarios del Letrado de la parte recurrida e impugnante, los cuales se estiman en 300 €".

CUARTO.- Por la representación procesal de MONCOBRA, S.A., se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social de Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 25 de octubre de 2013.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar



improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 9 de febrero de 2016, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Aunque el sustrato de hecho de la presente litis ya ha quedado referido literalmente en los «antecedentes» de esta sentencia, la adecuada exposición del debate aconseja un resumen factual: a) los accionantes habían sido contratados en 03/12/07 para obra consistente en mantenimiento y conservación de los Colegios dependientes de la Consejería demandada «hasta la finalización de la obra»; b) la adjudicación de la contrata fue -desde el 30/11/07- por dos años prorrogables por otros 2 más; c) la Consejería de Educación comunicó a la Empresa la finalización de la prórroga y obra en 01/12/11; d) desde esa misma fecha -01/12/11- y hasta que en 25/06/12 suscribió nueva contrata de mantenimiento con la codemandada «Clece», la Consejería llevó a cabo las labores de mantenimiento con su propio personal; y e) en fecha 25/11/11, «Moncobra» notificó a cada actor que en 01/12/11, «Ud. pasará a depender directamente de la citada Consejería quien será, ella misma, la que se hará cargo del servicio durante la fase de tramitación de la nueva contratación, que tiene prevista para el mes de Mayo de 2012».

2.- Con sentencia de 24/09/12 [autos 97/12], el J/S nº 2 de Santa Cruz de Tenerife declaró improcedente el despido de los actores y condenó a «Moncobra» en los términos legales, sobre la base de considerar que la asunción del mantenimiento de sus propias instalaciones no comportaba sucesión empresarial para la Consejería de Educación y que -quebrada la continuidad empresarial- ninguna responsabilidad cabía atribuir a la nueva adjudicataria. Decisión confirmada por la STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 08/Noviembre/2013, que desestimó el recurso de Suplicación interpuesto [nº 242/13], rechazando que la Consejería hubiese actuado en fraude de ley y subsidiariamente la válida extinción del contrato por finalización de la obra o servicio.

3.- Se interpone recurso para unificación de la doctrina, denunciando la infracción de los arts. 15.1.a) y 49.c) ET, y aportando como contraste la STSJ Canarias/Las Palmas 25/10/13 [rec. 616/13], que en supuesto idéntico de contrata para el servicio de mantenimiento de centros docentes por parte de la misma empresa, con iguales situaciones de hecho [extinción de contrata; asunción de los trabajos por personal propio de la Consejería; y nueva contrata], considera que el cese de los trabajadores está amparado en el art. 49.1.c) ET y ninguna responsabilidad corresponde a «Moncobra, SA».

En atención a tales datos y respectiva solución, está claro que entre las decisiones contrastadas media el presupuesto de admisibilidad -la contradicción- que requiere el art. 219 LRJS, en tanto que estamos en presencia de dos pronunciamientos de signo opuesto en litigios prácticamente idénticos en sus hechos, fundamentos y pretensiones (entre las recientes, SSTS 13/07/15 -rcud 1165/14 -; 22/07/15 -rcud 2127/14 -; y 03/11/15 -rcud 2070/14 -).

SEGUNDO.- 1.- En la resolución de esta litis, el principio del que hemos de partir es que corrigiendo criterio anterior restrictivo, en la actualidad la jurisprudencia de esta Sala admite la celebración de contrato para obra o servicio cuyo objeto sea la realización de actividad contratada con un tercero por tiempo determinado, extendiéndose su duración por el tiempo que abarca la contrata, aunque su celebración no esté expresamente prevista en el convenio colectivo, pero siempre que no medie fraude interpositorio. Y al efecto se dice que «no cabe argumentar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa [arrendamiento de servicios de transportes], porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato [las actividades de construcción]. Y tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, "lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato"» (SSTS 15/01/97 -rcud 3827/95 -; ...; 04/10/07 -rcud 1505/06 -; 08/11/10 -rcud 4173/09 -; ... 17/09/14 -rcud 2069/13 -; ... y 22/12/14 -rcud 1452/13 -).

2.- También es piedra angular para la solución del caso nuestra doctrina respecto de que en los supuestos de sucesión de contratas no existe propiamente una transmisión de las mismas, sino la finalización de una y el comienzo de otra -formal y jurídicamente distinta- con un nuevo contratista. Por ello, para que se produzca la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la adjudicataria saliente es necesario: a) que así lo impongan la norma sectorial o el pliego de condiciones; b) en ausencia de tales prescripciones es necesario -conforme al art. 44 ET - que se produzca la transmisión de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación. De esta forma, la sucesión empresarial resulta inexistente cuando hay sucesión de actividad, pero ninguna norma



o prescripción convencional dispongan lo contrario, o no se acompañe la contrata con entrega de soporte patrimonial alguno que merezca la consideración de unidad organizada que sirva de sustrato a una actividad independiente (en tal sentido se manifestaban las SSTS 30/09/99 -rcud 3983/98 -; y 29/01/02 -rcud 4749/00 -).

3.- En el supuesto objeto de debate no obra en el relato de los HDP -ni en la fundamentación jurídica de las sentencias de autos, de instancia y recurrida- afirmación alguna a que la sucesión en la contrata venga impuesta por el convenio colectivo de aplicación o por el pliego de condiciones, así como con la contrata se hubiese transmitido componente patrimonial que comportase infraestructura empresarial.

Antes al contrario, la sentencia de instancia afirma en el último apartado de su FJ Tercero -con valor procesal de hecho declarado probado: SSTS 02/02/15 rco 279/13 ; 13/07/15 rco 211/14 ; y SG 20/10/15 rco 181/14 - que «[t]ampoco existe en este caso una obligación convencional de subrogación, ni impuesta por el convenio colectivo ni por el pliego de cargos de la nueva licitación...». Y es más, el actor basa su pretensión -vid. demanda- en tres consideraciones: a) que se estaba en presencia de «clara cesión ilegal», en tanto que «la empresa superpuesta cesionaria es aparente o ficticia... siendo su objeto ... proporcionar mano de obra a la Consejería»; y b) que su despido atentaba contra su derecho a la indemnidad, porque con carácter previo «ejerció unas acciones vindicativas ... interesando que se le reconozca la vinculación directa» con la Consejería; y c) que en todo caso, «Moncobra, SA» habría eludido acudir a un PDC, «que afecta a la práctica totalidad de la plantilla adscrita a la repetida Consejería...».

4.- A la vista de estas circunstancias de hecho, que en la actividad de que tratamos no existe obligación de subrogarse en la contrata, ni por prescribirlo el Convenio Colectivo ni por imponerlo el pliego de condiciones, y en innegable aplicación de la doctrina jurisprudencial citada al inicio de este fundamento, de que la finalización de la obra o servicio pactado son legítima causa de extinción del contrato ex art. 49.1.c) ET , no resta sino concluir que la decisión recurrida ha infringido aquel precepto, en tanto -reproducimos precedentes afirmaciones de esta Sala- que no concurriendo sucesión de empresa «... si el contrato para obra o servicio posee como causa natural de terminación la realización de la obra o servicio [art. 49.1.c ET], ... si puede entenderse realizada la obra o servicio objeto del contrato, estaremos ante la terminación natural del contrato temporal, mientras que en caso contrario podrá haber motivo para acudir al ajuste de actividad por otras vías [modificativas, suspensivas], incluyendo las extintivas del despido objetivo [o colectivo] pero no desplazando el juego de éstas últimas a través de condiciones resolutorias que, si se hubieran pactado, colisionarían con la arquitectura del artículo 49 ET y los derechos del trabajador» (SSTS 17/09/14 -rcud 2069/13 -; 22/12/14 -rcud 1452/13 -; 22/12/14 -rcud 2689/13 -; y 22/10/15 -rcud 3054/14 -).

TERCERO.- 1.- De todas formas, aunque en autos mediase esa obligación convencional de subrogarse en los contratos de los trabajadores empleados en la contrata saliente, que -como dijimos- es inexistente, lo cierto es que también habría de llegarse a la misma consecuencia desestimatoria de la pretensión y entender inaplicable la obligación en el concreto caso de autos, habida cuenta de que la asunción -por parte de las Administraciones Públicas- del objeto de la contrata y de las consecuencias que evento ha de comportar en la cadena sucesoria.

2.- En efecto, interpretando el art. 44 ET hemos mantenido: «a) cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad del servicio de mantenimiento mediante sucesivas contratas con diferentes empresas, decide asumir aquella y realizarla por sí misma, sin hacerse cargo del personal de la empresa contratista, no puede decirse que se haya producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el art. 44 ET y en la Directiva 2001/23, de tal forma que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista y no cabe atribuir responsabilidad alguna a la principal (SSTS 06/02/97 -rec. 1886/96 -; ... 27/06/08 -rcud 4773/06 -; 30/05/11 -rcud 2192/10 -; 11/07/11 -rcud 2861/10 -; SG 23/09/14 -rco 231/13-, FJ 8.C; y SG 17/11/14 -rco 79/14 -); b) siguiendo la misma doctrina hemos mantenido -tratándose de Administraciones Públicas- que la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a una entidad pública, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura y plantilla de dicha empresa, conlleva la aplicación del artículo 44 ET (SSTS 30/05/11 -rcud 2192/10-, para el servicio municipal de retirada de vehículos ; 26/01/12 -rcud 917/11 -, para servicio público asistencial); c) pero que mal puede sostenerse la existencia de sucesión de empresas -tratándose de contratas administrativas- cuando ni siquiera se han reanudado los servicios propios de la contrata, pues «esta circunstancia como es lógico obsta -por principio y conforme a la jurisprudencia antes referida- que pueda mantenerse la existencia de sucesión empresarial alguna ex art. 44 ET » que pueda imputarse a la Administración Pública (STS 21/04/15 -rco 91/14 -)» (literalmente, STS SG 19/05/15 [rco 358/14] -asunto «Palacio de Congresos »-).

Criterio del todo coincidente con la STJCUE 20/01/2011 [asunto «CLECE, SA»], supuesto en el que «con objeto de realizar directamente las actividades de limpieza de colegios y dependencias antes confiadas a CLECE, el Ayuntamiento de Cobisa contrató personal nuevo, sin hacerse cargo de los trabajadores anteriormente destinados a estas actividades por CLECE ni de ninguno de los activos materiales o inmateriales de esta



empresa» [apart. 40], resolviendo el Alto Tribunal comunitario que «la mera asunción ... por el Ayuntamiento ... de la actividad de limpieza encargada anteriormente a CLECE, no basta, por sí sola, para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23» [apart. 42].

2.- Y desde el momento en que la asunción del cometido propio de la contrata por parte la Administración Pública significa una solución de continuidad en el fenómeno subrogatorio, la nueva adjudicación del servicio que se lleva a cabo siete meses después de que finalizase la contrata saliente y esa actividad de la Administración con sus propios empleados, estas circunstancias comportarían la inexistencia de obligación subrogatoria alguna para la nueva adjudicataria «CLECE, SA», la que obviamente no podría subrogarse en los contratos de los empleados de la Administración, pero que tampoco tendría que hacerse cargo de contratos válidamente extinguidos hacía ya siete meses en aquella empresa -la demandada «Moncobra, SA»- que había precedido a la Administración en el desempeño de mantenimiento.

CUARTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -oído el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y anulada. Con devolución del depósito y destino legal para la consignación o aseguramiento [art. 228 LRJS] y sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de «MONCOBRA, SA», casamos la sentencia dictada por el TSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 08/ Noviembre/2013 [rec. 242/13], que a su vez había confirmado la resolución -parcialmente estimatoria de la demanda- que en 24/Septiembre/2012 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Santa Cruz de Tenerife [autos 97/12], y resolviendo el debate en Suplicación estimamos el de tal clase formulado por la empresa, desestimando la demanda interpuesta por Don Olegario y Don Jose Ángel .

Se acuerda la devolución del depósito constituido y el destino legal para la consignación o aseguramiento. Sin imposición de costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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