

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 584/2018 de 5
Jun. 2018, Rec. 2641/2016**

Ponente: Gullón Rodríguez, Jesús.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2641/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 584/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 5 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio de Defensa, representado y asistido por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 8 de junio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede de Burgos, en recurso de suplicación nº 307/2016 , interpuesto contra la sentencia de fecha 18 de marzo de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Burgos , en autos nº 88/2016, seguidos a instancia de D^a Margarita contra Unión Castellana de Alimentación, UCALSA, S.A. y contra el Ministerio de Defensa sobre despido.

Han comparecido en concepto de parte recurrida D^a Margarita , representada y asistida por la letrada D^a Cristina Corrales García y Unión Castellana de Alimentación UCALSA, S.A., representada por el procurador D. José Luis García Guardia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de marzo de 2016, el Juzgado de lo Social nº 3 de Burgos, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando parcialmente como estimo en su petición subsidiaria la demanda interpuesta por Doña Margarita contra Unión Castellana de Alimentación UCALSA SA y el Ministerio de Defensa, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de la demandante, condenando al Ministerio de Defensa a que en un plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre readmitirle en el mismo puesto, condiciones y efectos, con abono, en este caso, de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (31.12.15) hasta la notificación de la sentencia, o indemnizarle en la suma de 33.593,87 €, con absolución de Unión Castellana de Alimentación UCALSA SA».

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «
Primero.- La actora, Doña Margarita , prestó servicios por cuenta de Unión Castellana de Alimentación UCALSA SA desde el 1 enero 2002, con categoría de limpiadora, jornada tiempo parcial del 95% de la jornada tiempo completo, centro de trabajo en la base militar Cid Campeador de Castrillo del Val (Burgos) y salario mensual, incluida parte proporcional de pagas extraordinarias, de 1509,77 C, abonado mediante transferencia bancaria, en virtud de contrato indefinido.- **Segundo.-** Dicha empresa resultó adjudicataria con efectos de uno de enero de 2015 del servicio de restauración colectiva en las unidades, centros u organismos del Ejército de Tierra en la provincia de Burgos (en concreto, en los acuartelamientos Diego Porcelos, Capital Mayoral, Base Cid Campeador y Polvorín de Ibeas), que comprendía: 1.-Selección y compra de alimentos y materias primas, y la determinación de productos y cantidades adecuados para la prestación del servicio contratado. 2.- Recepción, almacenamiento y custodia de los alimentos y materias primas. 3.- La confección de las propuestas de menús, según lo estipulado en el PPT. 4.- La manipulación y cocinado de los productos alimentarios necesarios para la confección de los menús autorizados. 5.- El emplatado centralizado de comidas en bandejas isotérmicas y el envasado individual de las raciones en frío. 6.- El servicio y distribución de la comida en los locales y horarios establecidos. 7.- La recogida, limpieza y desinfección de los utensilios y menaje de cocina y comedor empleados, dejándolos en condiciones adecuadas para el siguiente uso. 8.- La limpieza y desinfección general de los elementos e instalaciones empleados en todo el proceso de restauración (cocina, cámaras frigoríficas, utillaje de distribución y reparto, etc.). 9.- La limpieza de los sanitarios, vestuarios y resto de locales habitualmente utilizados por el personal de la empresa adjudicataria así como proporcionar los productos utilizados a tal fin. La recogida, embolsado y traslado a los puntos indicados por cada UCO/BAE de los residuos generados, según la normativa vigente. 10.- El mantenimiento, y reposición en su caso, de los elementos e instalaciones empleados en todo el proceso de restauración (cocina, cámaras frigoríficas, utillaje de distribución y reparto, menaje de cocina y comedor, etc.). Para los centros Acuartelamiento Capitán Mayoral y Polvorín de Ibeas se fijó en el Pliego de Prescripciones Técnicas un servicio de restauración externo por el que el primero recibía la comida confeccionada del Acuartelamiento Diego Porcelos y el segundo de la Base Cid Campeador.- **Tercero.-** En el punto 2.5 del Pliego de Prescripciones Técnicas se dispone que el Ejército de Tierra aportara las instalaciones correspondientes (cocina y comedores), así como los aparatos, maquinaria y menaje que se detallan en los inventarios que deberán ser firmados ,de conformidad por la empresa adjudicataria, que se compromete a mantener en perfecto estado de conservación y funcionamiento, siendo responsable de su mantenimiento y reparación. Tales locales y materiales constan en el Anexo B-2 del citado Pliego, obrante como documento 6 de UcalSA SA, que se da por reproducido. Igualmente se dispone que la adjudicataria presentará mensualmente la facturación de la comida al Ejército de Tierra. El punto 2.6 establece que la limpieza y desinfección de la cocina y de los comedores, así como los materiales necesarios para llevarla a cabo serán de cuenta de la empresa adjudicataria.- **Cuarto.-** Con fecha de efectos 31 diciembre 2015 la empresa adjudicataria cesó en su servicio, que pasó a ser realizado por el Ministerio de Defensa, el cual ha venido actuando, desde el uno de enero de 2016, en las mismas instalaciones, con los mismos proveedores, materiales y enseres y semejantes menús y horarios que la anterior adjudicataria, siendo el personal militar quien realiza los servicios de cocina y limpieza, a los que se unen dos trabajadores por cuenta ajena.- **Quinto.-** Con fecha 28 diciembre 2015 UcalSA SA comunicó a la parte actora que con efectos de 31 diciembre 2015 se produciría la sustitución de la persona del empleador, que pasaría ser el Ministerio de Defensa, al cual se subrogaría en todos los derechos y obligaciones derivados de su contrato de trabajo en los términos establecidos en el artículo 44 ET .- En esta última fecha UcalSA SA dio de baja en Seguridad Social a la demandante, sin que por parte del Ministerio de Defensa se haya procedido a hacer efectiva la subrogación o a contratarla. La misma comunicación se ha entregado a otras 20 trabajadoras, respecto a las que tampoco se ha hecho efectiva la subrogación. Del total, 14 personas trabajaban en la Base Cid Campeador, 5 en el acuartelamiento Diego Porcelos, 1 en el polvorín de Ibeas y 1 en el acuartelamiento Capital Mayoral.- **Sexto.-** La actora no ostenta cargo de representación legal o sindical de los trabajadores.- **Séptimo.-** Con fecha 20.1.16 se interpuso reclamación previa que

no consta resuelta de forma expresa.- Con fecha 27.1.16 se celebró acto de conciliación ante la UMAC en virtud de papeleta de 20.1.16, que concluyo sin avenencia.- **Octavo.-** Con fecha 28.1.16 se interpuso demanda que fue turnada a este Juzgado».

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, por la representación legal del Ministerio de Defensa, se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede de Burgos, dictó sentencia en fecha 8 de junio de 2016 , en la que consta el siguiente fallo: «Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por el MINISTERIO DE DEFENSA, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Burgos, en autos número 88/2016, seguidos a instancia de Margarita , contra, CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN UCALSA S.A. y el recurrente, en reclamación sobre Despido y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Se acuerda la condena en costas de la parte recurrente, debiendo abonar a cada uno de los Letrados impugnantes en concepto de honorarios la cantidad de 600 Euros».

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede de Burgos, la representación legal del Ministerio de Defensa, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de fecha 8 de octubre de 2015 (rec. 878/2015).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 29 de mayo de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El problema que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si ha de subrogarse el Ministerio de Defensa en el contrato de una trabajadora que venía desarrollando labores de limpieza en las instalaciones de una base militar en virtud del contrato administrativo de servicios de restauración colectiva suscrito por la Administración con una empresa especializada, cuando tras la finalización de la concesión el Ministerio pasa a desarrollar dicha actividad con su propio personal y con los medios materiales que había puesto a disposición de la adjudicataria.

2. En la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, transcrita en los antecedentes de la presente resolución constan las siguientes circunstancias: 1) La actora, prestó servicios para UCALSA SA, con categoría de limpiadora en la base militar Cid Campeador de Castrillo del Val (Burgos) en virtud de contrato de duración indefinida y una antigüedad reconocida de 1 de enero de 2002. 2) Tal empresa resultó adjudicataria, con efectos de 1 de enero de 2015, del servicio de restauración colectiva en las unidades, centros u organismos del Ejército de Tierra en la provincia de Burgos. 3) El Ministerio de Defensa aportó las instalaciones correspondientes (cocina y comedores), así como todos los aparatos, maquinaria, utensilios y menaje para el desarrollo de la actividad. 4) Con fecha de efectos 31 de diciembre de 2015 Ucalsa cesó en el servicio, que pasó a ser realizado por el Ministerio de Defensa, el cual ha venido actuando, desde el 1 de enero de 2016, en las mismas instalaciones, con los mismos proveedores, materiales utensilios y enseres y semejantes menús y horarios que la anterior adjudicataria, siendo el personal militar quien realiza los servicios de cocina y limpieza. 5) Ucalsa comunicó a la actora que con efectos de 31 de diciembre de 2015 se produciría la sustitución de la persona del empleador, que pasaría ser el Ministerio de Defensa, el cual se subrogaría en todos los derechos y obligaciones derivados de su contrato de trabajo en los términos establecidos en el artículo 44 ET , procediendo a dar de baja en SS en dicha fecha a la demandante. 6) Por parte del Ministerio de Defensa no se ha hecho efectiva la subrogación ni se ha contratado a la actora. 7) La misma comunicación se ha

entregado a otras 20 trabajadoras, respecto a las que tampoco se ha hecho efectiva la subrogación.

3. Planteada demanda de despido contra su empleadora y el Ministerio de Defensa el Juzgado de lo Social número 3 de los de Burgos declaró la improcedencia del despido del que fue objeto la actora, y condenó a la Administración demandada a readmitirla o indemnizarla. En suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- León (Burgos) en la sentencia que ahora se impugna, de 8 de junio de 2016 (rollo 307/2016), confirmó tal pronunciamiento. Para fundamentar su decisión, la Sala sostuvo que el servicio contratado no descansa exclusivamente en la mano de obra, pues para su desarrollo son precisos unos medios materiales "patrimoniales" (mobiliario, cocinas, frigoríficos y demás utensilios y enseres necesarios), que el Ministerio de Defensa puso a disposición de la empresa concesionaria y sin los que la contrata no se hubiera podido realizar, y que esos elementos son relevantes en términos de cuantificación económica. Por otra parte, se entiende que se ha producido la transmisión de una unidad productiva al revertir la actividad objeto del contrato administrativo al propio Ministerio, que pasa a llevar a cabo la misma actividad con los mismos medios y para los mismos destinatarios, si bien con su propio personal, por lo que debió haber subrogado a la demandante.

SEGUNDO.- 1. Recurre ahora el Ministerio de Defensa en casación para la unificación de doctrina, formulando un único motivo de recurso para denunciar la infracción del art. 44 ET , en relación con la Directiva 2001/23/CE y con el art. 301.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público , así como con la jurisprudencia que invoca, seleccionando, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha el 8 de octubre de 2015 (rollo 878/2015).

2. Los datos de hecho consignados en la sentencia referencial que son relevantes a efectos de juicio de contradicción son los siguientes:1) la demandante en dichas actuaciones prestaba servicios como ayudante de cocina para la empresa concesionaria del servicio de comedor de la Universidad Laboral de Albacete, dependiente de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha. 2) La Administración puso a disposición de la adjudicataria todo el material, menaje y enseres necesarios para llevar a cabo la actividad encomendada. 3) La contratista comunicó a la actora que con efectos de 27 de junio de 2013 se produciría la finalización de la encomienda y la sustitución de la persona del empleador. 4) El servicio pasó a realizarlo la Consejería con su propio personal y con los medios materiales que había puesto a disposición de la adjudicataria, no haciéndose cargo de la actora.

A la vista de estas circunstancias, la sentencia de contraste declara que el cese de la actora por finalización de la contrata constituye un despido improcedente y condena a la concesionaria cesante a las consecuencias legales inherentes, absolviendo expresamente a la Administración codemandada por entender que en la reversión del servicio de restauración colectiva y comedor no ha habido sucesión de empresa en el sentido del art. 44 ET al no haberse producido transmisión de medios materiales, dado que todos los elementos y enseres habían sido puestos a disposición de la contratista por la propia Administración, a la que luego revirtieron.

3. Ante la evidente contradicción entre las sentencias comparadas, ya apreciada por esta Sala en las sentencias que más adelante se citan, dictadas en asuntos semejantes seguidos a instancia de otros trabajadores de la contrata cesados por igual causa. en los que el Ministerio de Defensa hacía valer la misma sentencia de contraste, procede entrar en el fondo del asunto, tal como informa el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- La doctrina ajustada a derecho se contiene en la resolución recurrida, como hemos dicho en las sentencias de 19 de septiembre 2017 (rcud. 2612/2016 , 2629/2016 , 2650/2016 y 2832/2016), 19 de diciembre de 2017 (R. 2800/2016) y 20 de abril de 2018 (rcud. 2764/2016) analizando el mismo supuesto de reversión, a cuyo criterio hemos de estar también en este caso por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, y además porque en ellas se realiza una correcta interpretación del art. 44 ET .

Siguiendo nuestra última sentencia reseñada, los fundamentos de la anterior doctrina 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. ».

(...) « nos encontramos ante una actividad primeramente externalizada y después recuperada que no se basa exclusiva o fundamentalmente en la mano de obra. Antes al contrario, para prestar el servicio encomendado hacían falta -en realidad, eran absolutamente imprescindibles- unas instalaciones que tuvieran un equipamiento importante y un utillaje adecuado, sin los cuales era imposible la realización del servicio encomendado. Los frigoríficos, congeladores, las cocinas, los hornos, y los utensilios de una cocina industrial se revelan como elementos materiales de importancia capital para la realización de la actividad contratada, teniendo un valor que, en absoluto, puede considerarse ni desdeñable ni marginal en la actividad de que se trata.

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 Ministerio de Defensa.

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 avanzó, existe una sucesión de empresa en los términos que establece tanto la Directiva como el art. 44 ET ».

TERCERO.- Conforme a lo razonado la sentencia recurrida no incurrió en ninguna de las infracciones que se denuncian por la parte recurrente, lo que determina, oído el Ministerio Fiscal, se desestime el recurso de casación para la unificación de doctrina y se confirme aquella en todos sus pronunciamientos, con imposición de costas a la recurrente.

FALLO

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

:

1º) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio de Defensa, representado y asistido por el Abogado del Estado.

2º) Confirmar la sentencia recurrida dictada el 8 de junio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Burgos, recurso de suplicación nº 307/2016 , interpuesto contra la sentencia de 18 de marzo de 2016 del Juzgado de lo Social nº 3 de Burgos , autos nº 88/2016, seguidos a instancia de D^a Margarita contra Unión Castellana de Alimentación UCALSA, S.A. y contra el Ministerio de Defensa sobre despido.

3º) Con imposición de costas a la parte recurrente.

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

Así se acuerda y firma.