



Roj: **STS 462/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:462**

Id Cendoj: **28079140012018100061**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/01/2018**

Nº de Recurso: **2774/2016**

Nº de Resolución: **53/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **2774/2016**

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 53/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 24 de enero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el abogado del Estado, en representación del Ministerio de Defensa, contra la sentencia dictada el 15 de junio de 2016, aclarada por auto de fecha 22 de junio de 2016, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Burgos, en el recurso de suplicación núm. 328/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Burgos, de fecha 26 de abril de 2016, recaída en autos núm. 89/016, seguidos a instancia de D.^a Elisa frente a Unión Castellana de Alimentación Ucalca, S.A.(Ucalca, S.A.) y el Ministerio de Defensa, sobre despido.

Han sido partes recurridas D.^a Elisa, representada por la letrada D.^a Cristina Corrales García y Ucalca, S.A., representada por el letrado D. José Luis García Guardia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23 de abril de 2016 el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« 1º.- Doña Elisa ha venido prestando servicios para la empresa UNIÓN CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN UCALSA S.A., con una antigüedad de 3 de enero de 2.002, ostentando la categoría profesional de Limpiadora y salario mensual bruto con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias de 1.086,82 €, con jornada de trabajo



a tiempo parcial del 66,3%, percibiendo su salario con periodicidad mensual mediante transferencia bancaria, en virtud de hojas salariales, con contrato de trabajo indefinido.

2º. - Con efectos de 1 de enero de 2.015 la empresa UNIÓN CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN UCALSA S.A., resultó adjudicataria del servicio de Restauración Colectiva en las Unidades, Centros y Organismos del Ejército de Tierra en la provincia de Burgos, y en concreto, en los Acuartelamientos Diego Porcelos, Capital Mayoral, Base Cid Campeador y Polvorín de Ibeas, comprendiendo: 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.- Confección de las propuestas de menús, según lo estipulado en el Pliego de Prescripciones Técnicas. 4.- Manipulación y cocinado de los productos alimentarios necesarios para la confección de los menús autorizados. 5.- Emplatado centralizado de comidas en bandejas isotérmicas y envasado individual de las raciones en frío. 6.- Servicio y distribución de la comida en los locales y horarios establecidos. 7.- Recogida, limpieza y desinfección de los utensilios y menaje de cocina y comedor empleados, dejándolos en condiciones adecuadas para el siguiente uso. 8.- 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.- 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. Recogida, embolsado y traslado a los puntos indicados por cada UCO/BAE de los residuos generados, según la normativa vigente. 10.- 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.

3º. - En el punto 2-5 del Pliego de Prescripciones Técnicas se establece que el Ejército de Tierra aportará 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, cuyos locales y materiales constan en el Anexo B-2 del citado Pliego, que obra como documento número 5 del ramo de prueba de la empresa UNION CASTELLANA DE ALIMENTACION UCALSA S.A., cuyo contenido se da por reproducido. Asimismo se expresa que la adjudicataria presentará mensualmente la facturación de la comida al Ejército de Tierra, fijando el punto 2-6 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.

4º. - En fecha 31 de diciembre de 2.015 UNIÓN CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN UCALSA S.A., cesó en la prestación del servicio, que pasó a ser realizado por el MINISTERIO DE DEFENSA, llevándolo a cabo desde el 1 de enero de 2016 en las mismas instalaciones, con los mismos proveedores, materiales y enseres que la anterior empresa, habiendo existido alguna variación en los menús, pero son esencialmente los mismos, siendo personal del MINISTERIO DE DEFENSA el que lleva a cabo los servicios de cocina y limpieza.

5º. - En fecha 28 de diciembre de 2.015 UNIÓN CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN UCALSA S.A., notificó a la actora comunicación del siguiente tenor literal: Notificación finalización relación laboral por subrogación empresarial. Datos de empresa: UNIÓN CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN UCALSA. CIF: A80994460 y con Domicilio a efectos de notificación en Calle Oquendo, 23, 4a PLANTA, 28006 MADRID. Teléfono: 616099429. Datos del trabajador: Elisa DNI: NUM000 Categoría: LIMPIADORA Fecha de la Baja: 31.12.2015 Centro de trabajo: CID CAMPEADOR Mediante la presente carta, que le entregamos en mano en el día de la fecha y en el centro de trabajo, con el ruego de que firme su copia a los solos efectos de acreditar su recepción y contenido, le notificamos que a partir del próximo 31.12.2015 se producirá en su contrato de trabajo, en su día formalizado, la sustitución de la persona del empleador, pasando a ostentar dicha condición la nueva empresa adjudicataria del servicio, esto es, el Ministerio de Defensa. A partir de dicha fecha, se subrogara en todos los derechos y obligaciones dimanantes de su contrato de trabajo INDEFINIDO - TIEMPO PARCIAL - ORDINARIO en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores art. 44 . Esta carta tiene, pues, por finalidad notificarle a Ud. dicho cambio a efectos de que conozca que la nueva empresa por imperativo legal, le respetara todos los derechos atinentes a su categoría profesional, antigüedad y salario, así como cualquiera otros derivados de su contrato de trabajo INDEFINIDO - TIEMPO PARCIAL - ORDINARIO Ello por cuanto que llegado a su fin el contrato de arrendamiento de servicios suscrito entre UNIÓN CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN UCALSA, SA y el Ministerio de Defensa, por el que nuestra empresa se encargaba del servicio de Catering unidades y plaza de Burgos numero de expediente NUM001 (NUM002), dicho servicio revertirá, y por tanto, será asumido por el Ministerio de Defensa, que continuara con la actividad, por lo que todos los trabajadores hasta ahora pertenecientes a la plantilla de la UNION CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN UCALSA, SA en el centro



pasaran a formar parte de la plantilla del organismo y/o empresa que a partir del 31.12.2015, se encargara de la prestación de dicho servicio, dando así cumplimiento a la obligación dimanante del referido art. 44 del ET . Le agradecemos la dedicación hasta el presente ofrecida a UNION CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN UCALSA, SA, esperando ver continuada la misma con la nueva Compañía a la que pasará a formar parte en la fecha y con efectos antes indicados.

6º. - En fecha 31 de diciembre de 2015 UNIÓN CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN UCALSA S.A., dio de baja a la actora en la Tesorería General de la Seguridad Social, no habiendo procedido el MINISTERIO DE DEFENSA a subrogarse en la relación laboral anterior, encontrándose en la misma situación otras 20 trabajadoras, ninguna de las cuales ha sido subrogada por el MINISTERIO DE DEFENSA, prestando servicios del total, 14 trabajadoras en la Base Cid Campeador, 5 en el Acuartelamiento Diego Porcelos, 1 en el Polvorín de Ibeas y 1 en el Acuartelamiento Capital Mayoral.

7º.- La parte actora solicita se declare se ha producido un despido operado el día 31 de diciembre de 2.016, nulo o subsidiariamente improcedente.

8º.- Formulada Reclamación Previa no ha sido contestada e intentado acto de conciliación, se celebró con el resultado de sin avenencia.

9º. - La actora no ostenta ni ha ostentado el cargo de Representante de los Trabajadores.

En dicha sentencia consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando la demanda presentada por doña Elisa contra CASTELLANA DE ALIMENTACION UCALSA S.A., MINISTERIO DE DEFENSA en su petición subsidiaria, debo declarar y declaro la improcedencia del despido operado, condenando al MINISTERIO DE DEFENSA a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta Resolución opte entre la readmisión de la actora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o por abonarle una indemnización en cuantía de 20.964,96 €, abonando en el caso de que se produzca la opción por la readmisión los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de la presente Resolución a razón de 35,73 € diarios, absolviendo a la empresa UNION CASTELLANA DE ALIMENTACION UCALSA S.A., de los pedimentos contenidos en la demanda».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Ministerio de Defensa ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, la cual dictó sentencia en fecha 15 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 2 de Burgos, en autos número 89/2016, seguidos a instancia de doña Celestina , contra, UNIÓN CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN UCALSA SA UCALSA SA y el recurrente, en reclamación sobre Despido. Con imposición a la parte recurrente de las costas».

La Sala, por auto de fecha 22 de junio de 2016 , acordó: «debemos aclarar y aclaramos la sentencia dictada en el presente recurso, tanto en el encabezamiento, como hecho tercero de los hechos probados y Fallo de la misma, donde dice " Celestina " debe decir " Elisa ", que es el nombre correcto de la demandante».

TERCERO.- Por el abogado del Estado se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en fecha 8 de octubre de 2015 (RSU 878/2015). El recurso se fundamenta en la infracción del artículo 44 del ET , en relación, por un lado, con la Directiva 2001/23/CEE, y, por otro lado, con el art. 301.4 del TRLCSP, y con la jurisprudencia.

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a las representaciones procesales de las partes recurridas para que formalicen su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe considerando procedente el recurso.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 24 de enero de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- **1.-** La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si ha de hacerse cargo el Ministerio de Defensa de la trabajadora que prestaba servicios como limpiadora en la contrata de cocina y restauración suscrita por aquél con una empresa de servicios, tras la finalización de la misma y la reasunción del servicio por la Administración Pública con su propio personal.



2.- Las circunstancias fundamentales que dieron lugar a la sentencia recurrida y cuya descripción completa obra en los antecedentes de la presente resolución fueron las siguientes: 1) La actora, prestó servicios para UCALSA SA, con categoría de limpiadora en la base militar Cid Campeador de Castrillo del Val (Burgos). Dicha 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. 2) 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. 3) Con fecha de efectos 31 de diciembre de 2015 la empresa adjudicataria 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. 4) Ucalsa comunicó a la parte 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. 5) Por parte del Ministerio de Defensa no se ha hecho efectiva la subrogación ni se ha contratado a la actora. 6) La misma comunicación se ha entregado a otras 20 trabajadoras, respecto a las que tampoco se ha hecho efectiva la subrogación.

3.- La sentencia de instancia declaró el despido improcedente condenando al Ministerio de Defensa a las consecuencias legales de tal declaración y absolviendo a Ucalsa. En suplicación, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Castilla y León -sede de Burgos- de 15 de junio de 2016, aquí recurrida y aclarada por Auto de 22 de junio siguiente, confirmó íntegramente tal pronunciamiento. Para fundamentar su conclusión, la Sala sostiene que el servicio contratado y, después, revertido no está fundamentado exclusivamente en la mano de obra, pues para su desarrollo son necesarios unos medios materiales "patrimoniales" (mobiliario, cocinas, frigoríficos y demás utensilios y enseres necesarios) que el Ministerio de Defensa puso a disposición de la empresa y que, de no existir, la contrata no se hubiera podido desarrollar. Elementos, que, por otra parte, son valorados como relevantes en términos de cuantificación económica. Por otra parte, se valora que ha revertido la actividad objeto del contrato administrativo de Servicio, se ha transmitido una unidad productiva y el Ministerio realiza la misma actividad con los mismos medios y para los mismos destinatarios, si bien con su propio personal, concluyendo que debió haber subrogado a la demandante.

SEGUNDO.- 1.- Recurre el Ministerio de Defensa en casación para la unificación de doctrina seleccionado en el trámite otorgado al efecto la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 8 de octubre de 2015 que, con revocación de la de instancia, declara que el cese se trata de un despido improcedente, condenando a la entidad SERUNIÓN S.A. a las consecuencias legales inherentes y absolviendo expresamente a la Administración demandada por entender que en la reversión del servicio de restauración colectiva y comedor no ha habido transmisión de empresa en el sentido del artículo 44 ET.

Las circunstancias relevantes del supuesto referencial, a efectos de poder examinar la concurrencia del requisito de la contradicción son las siguientes: 1) la demandante vino prestando sus servicios como trabajadora fija discontinua para la mercantil SERUNIÓN, S.A. en el I.E.S. "Universidad Laboral", dependiente de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, con categoría profesional de ayudante de cocina. 2) Dicha Consejería suscribió el 14 de septiembre de 2011 con la entidad Serunió n contrato administrativo para la prestación del servicio de comedor escolar en el IES Universidad Laboral de Albacete con vigencia hasta el 31 de agosto de 2013, entregándole a tal efecto todo el material, menaje y enseres necesarios para realizar la actividad. 3) La entidad pública comunicó a la empresa adjudicataria que con fecha 31 de agosto de 2013 quedaría extinguido el referido contrato y no se licitará nuevamente. 4) Serunió n notificó a la demandante, mediante escrito de 26 de junio de 2013 la finalización de su relación laboral por extinción de la contrata administrativa, quedando pendiente de la comunicación de la nueva empresa que se haría cargo del servicio. 5) Al término del contrato administrativo la empresa Serunió n reintegró a la Administración las instalaciones de cocina con todos los equipos mobiliarios, menaje y demás elementos que en la misma se encontraban y que en su día fueron puestos a su disposición por la Consejería para la prestación del servicio. 6) El servicio pasó a desempeñarse por medio de personal propio dependiente de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte.

2.- Tal como informa el Ministerio Fiscal -y niegan la trabajadora y la mercantil codemandada en sus escritos de impugnación -, ha de apreciarse la existencia de la necesaria contradicción al observarse las identidades requeridas en el artículo 219 LRJS.



En este sentido lo hemos argumentado en precedentes pronunciamientos respecto de otros trabajadores afectados por la misma reversión y en los que había sido invocada la misma sentencia de contraste. Así, en SSTs de 19 de septiembre de 2017 (rcud 2832-2016, 2650-2016, 2629-2016, 2612-2016) dijimos:

En efecto, en ambos casos, la cuestión debatida es la misma pues se trata de determinar si funciona la sucesión, ex art 44 ET , cuando la actividad objeto del contrato de servicios, revierte y pasa a ser prestada por la administración. Se trata de contratos del servicio de restauración colectiva y/o comedor, en la que prestan servicios las demandantes y que fueron adjudicadas por las diferentes administraciones a las empleadoras, y que luego revirtieron a aquella. Ocurre, además, que, en ambos supuestos, la entidad pública puso a disposición de la contratista los locales y los medios materiales necesarios para el desarrollo de la actividad -material, enseres, equipos, mobiliarios y demás accesorios-. En las dos sentencias comparadas, a la finalización de la contrata, las respectivas administraciones se hicieron cargo de los servicios con su propio personal y recibieron de la contratista todos los equipos mobiliarios, menaje y demás elementos que en la misma se encontraban y que fueron puestos a disposición de la contratista en su día. Ambas sentencias comparadas consideran que en el desarrollo del servicio se revela esencial la aportación de medios patrimoniales y que la actividad contratada no descansa fundamentalmente en la mano de obra.

Sin embargo, a pesar de tan determinantes coincidencias, las soluciones alcanzadas son contradictorias pues la sentencia de contraste sostiene que no ha existido transmisión de medios materiales de la adjudicataria a la entidad pública que rescata el servicio, pues todo el material y enseres fue puesto a disposición de la adjudicataria por la entidad pública, a la que luego revierte. Sin embargo, la sentencia recurrida, considera que se ha producido la transmisión de una unidad productiva puesto que el Ministerio de Defensa, al que ha revertido la actividad, realiza ésta con los mismos medios que fueron puestos a disposición de la contratista y para los mismos destinatarios- misma clientela-, sin bien con su propio personal.

Concurre, por tanto, la contradicción legalmente exigida en los términos del artículo 219 LRJS , por lo que procede examinar el recurso.

TERCERO.- 1.- La abogacía del Estado formula un único motivo de recurso, que articula con fundamento en el artículo 207. e) LRJS , denunciando infracción de normas y de la jurisprudencia. En concreto, entiende que la sentencia recurrida ha infringido el artículo 44 ET en relación, por un lado, con la Directiva 2001/23/CEE; y, por otro, con el artículo 301.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ; así como de la doctrina jurisprudencial que cita. Sostiene de manera similar a lo efectuado en los supuestos precedentes, que en el ahora examinado tampoco se dan los requisitos constitutivos establecidos por la jurisprudencia nacional y europea para considerar que estemos en presencia de una transmisión de empresa, puesto que para ello se precisaría un mínimo soporte patrimonial que como unidad organizada sirviera de sustrato a una actividad independiente, y es claro que la realización de unos servicios carece de todo elemento patrimonial que los soporte y no constituye unidad productiva autónoma, ni, como es, obvio, centro de trabajo. Según su criterio la extinción de la contrata y la asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial y no concurre ninguno de los supuestos (asunción de plantilla, traspaso de una entidad económica que mantenga su conjunto) que podrían excepcionalmente considerar el supuesto como una transmisión. Añade, además, que de lo contrario, se estaría vulnerando el artículo 301.4 TRLCSP.

2.- Razones de seguridad jurídica nos llevan a reproducir lo argumentado en aquellas sentencias : 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/CEE y, por ende, del artículo 44 ET . Así lo ha venido señalando, reiteradamente nuestra jurisprudencia, entre otras en la lejana STS de 6 de febrero de 1997 (Rcud. 1886/1996) en la que dijimos que «la doctrina de esta Sala es constante al afirmar con carácter general que la extinción de la contrata y la asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial», y en la más reciente STS de 26 de julio de 2012 (Rcud. 3627/2011) conforme a la cual no se produce sucesión empresarial cuando «no consta transmisión alguna de elementos patrimoniales o estructura organizativa ni tampoco la asunción por el Ayuntamiento codemandado de una parte sustancial de la plantilla». Doctrina reiterada en STS de 16 de junio de 2016 (Rcud. 2390/2014).

Por su parte, la STJUE de 20 de enero de 2011, Asunto 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, señala que «conforme al artículo 1, apartado 2 letra b), de la Directiva 2001/23, 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...la identidad de una entidad económica como la controvertida en el asunto principal, que descansa esencialmente en la mano de obra, no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla. De ello se desprende que, sin perjuicio de la eventual aplicación de normas de protección nacionales, la mera asunción en el procedimiento principal, 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. Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que ésta no se aplica a una situación en la que un ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal».

3- Hemos afirmado, también, que el hecho de 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 artículo 44 ET. Así en la STS de 30 de mayo de 2011 (Rcud. 2192/2010) dijimos que la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento, que acuerda su gestión a través de empresa municipal, no excluye la aplicación del artículo 44 ET, si va acompañada de transmisión de medios materiales, recordando que «que si bien la doctrina de esta Sala es constante al afirmar con carácter general que la extinción de la contrata y la asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial, "no es menos veraz que tal criterio general resulta inaplicable cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad mediante sucesivas contratas con diferentes empresas, decide asumir aquélla y realizarla por sí misma, pero haciéndose cargo del personal de la empresa contratista, supuesto en el cual puede decirse que se ha producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el referida art. 44 ET y en las diversas Directivas de la que aquél es transposición [77/1987; 98/50; y 2001/23] (así, la STS 27/06/08 -rcud 4773/06 -, a contrario sensu). Como es también inatendible el criterio general cuando - así se ha dicho interpretando esa Directivas comunitarias- la transmisión vaya referida a cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiéndose por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio"; o el "conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio". Y para cuya determinación -transmisión de la entidad que mantiene su identidad- han considerarse todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, 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 (SSTJCE 65/1986, de 18/Marzo, Asunto Spijkers; 22/2001, de 25/Enero, Asunto Oy Liikenne; 45/1997, de 11/Marzo, Asunto Süzen; 286/2003, de 20/Noviembre, Asunto Abler; 406/2005, de 15/Diciembre, Asunto Güney-Görres; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09. Y, reproduciendo tales criterios, entre otras las SSTS 12/12/02 -rcud 764/02 -; 29/05/08 -rcud 3617/06 -; 27/06/08 -rcud 4773/06 -; 28/04/09 -rcud 4614/07 -; y 23/10/09 -rcud 2684/08 -)». Criterio reiterado, entre otras, en las SSTS de 26 de enero de 2012 (Rcud. 917/2011); de 11 de junio de 2012 (Rcud. 1886/2011) y de 23 de septiembre de 2014 (Rcud. 231/2013), entre otras.

4.- Los razonamientos ya expresados siguen diciendo: Sin embargo no hemos tenido que pronunciarnos de manera frontal sobre supuestos en los que la reasunción por parte de la administración del servicio externalizado se ha llevado a cabo con la recuperación, conjunta, de los elementos productivos y de las infraestructuras que previamente habían sido puestas a disposición de la contratista por la propia administración. Cuando lo hemos hecho ha sido de manera tangencial al núcleo del problema descrito. Así en la STS de 9 de diciembre de 2016 (Rcud. 1674/2015) fundamentamos la decisión de no existencia de supuesto encuadrable en el artículo 44 ET en el hecho de que se trataba de una actividad que se centraba básicamente en la mano de obra y la administración que reasumió el servicio no se hizo cargo de ninguno de los trabajadores de la contratista, obviando la consideración de la reversión de los medios materiales por el carácter de la empresa,



cuyo funcionamiento, se basaba esencialmente en la mano de obra. Precisamente, esta sentencia confirmó el criterio seguido por una sentencia de suplicación que abordaba, respecto de otro trabajador, la misma cuestión de la sentencia de contraste aquí contemplada en un supuesto muy similar. Con posterioridad, nuestras SSTs de 26 de enero de 2017 (rcuds. 2982/2015 y 3847/2015) rectificando a la anterior, desestimaron el recurso por falta de contradicción en sendos asuntos exactamente iguales al contemplado en aquella y con la misma sentencia de contraste, basando la falta de contradicción, precisamente, en la concurrencia de un elemento decisivo, ausente en la comparada, cual es la existencia de "transmisión de la infraestructura empresarial necesaria para el desempeño de la actividad objeto de la concesión administrativa".

Ya nuestra STS de 12 de julio de 2016 (Rcud. 349/2015) aunque desestimó el recurso y la aplicación del artículo 44 ET por no existir transmisión de medios materiales ni de personal, advierte que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia encontramos supuestos que se resuelven en sentido contrario, pero se trata de asuntos en los que la situación de hecho era radicalmente diferente, alejado de supuestos en los que se tratara de empresas que basasen su actividad esencialmente en la mano de obra, refiriéndose expresamente la reciente sentencia TJUE C-509/14 , de 26 de noviembre. Por ello, el valor de nuestro antecedente es anticipar la solución que aquí vamos a establecer.

En efecto, en modo alguno puede sostenerse que nuestra STS de 12 de julio de 2016 estableciese doctrina que aquí pudiera resultar aplicable y mucho menos que en ella sostuviéramos que la reversión de una contrata acompañada de la reasunción de los medios materiales adscritos a la misma e imprescindibles para llevarla a cabo no implicaba un supuesto de transmisión previsto en la Directiva 2001/23 o en el artículo 44 ET . Más bien todo lo contrario: lo que nuestra referida sentencia estableció es precisamente que sin transmisión de elementos patrimoniales ni de personal la reversión de una contrata no quedaba comprendida en ningún supuesto de los aludidos preceptos; advirtiendo que en aquellos supuestos radicalmente diferentes -como el que nos ocupa- la solución debía ser totalmente distinta en línea con los pronunciamientos del TJUE.

5.- En efecto, el dato de que las infraestructuras o los medios materiales pertenezcan a la administración que descentraliza y las entrega a la empresa contratista para que lleve 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, C-509/2014, Asunto Aira Pascual, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español. El problema se planteó a raíz de la decisión de la empresa pública ADIF de prestar directamente y con su propio personal la actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal. Hasta entonces, dicha actividad se venía realizando por una empresa privada en virtud de un contrato de gestión de servicios públicos. Dicha empresa desarrollaba la actividad contratada en las instalaciones de ADIF y con las infraestructuras y equipamiento necesario propiedad también de ADIF. Al terminar el plazo previsto en el contrato, ADIF puso fin al mismo para explotar dicha actividad con su propio personal. La cuestión que se suscitó al TJUE fue si el concepto de transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 2001/23 comprende los supuestos en que una empresa titular de un servicio público asume la gestión directa de dicho servicio y en los que, por una parte, esa empresa decide recurrir a su propio personal para realizar esa gestión, sin hacerse cargo del personal del contratista al que había encomendado anteriormente la gestión y, por otra parte, los medios materiales utilizados, esenciales para la realización del servicio, han pertenecido siempre a dicha empresa, que imponía su uso al contratista. El TJUE consideró perfectamente aplicable la Directiva en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal.

Para el TJUE 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.

CUARTO.- 1.- La aplicación de la expuesta doctrina debe conllevar la desestimación del recurso. Como se ha visto, estamos en presencia de una actividad externalizada, primero, y recuperada, después, que no se basa exclusiva o fundamentalmente en la mano de obra. Antes al contrario, para prestar el servicio encomendado



hacen falta -son absolutamente imprescindibles- unas instalaciones que tengan un equipamiento importante y un utillaje adecuado, sin los cuales es 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.

Junto al elemento subjetivo -resulta evidente que se ha producido un cambio en la titularidad de la utilización de los medios de producción afectos al servicio contratado-, resulta palmaria la concurrencia del elemento objetivo pues ha existido en la operación de reversión del servicio contratado 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. No hay duda, por tanto, de la existencia de un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio. Conjunción de elementos que determina que estemos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 y del artículo 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 artículo 44 ET .

2.- Procede, por tanto, oído el Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso de casación unificadora examinado y la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida, declarando su firmeza.

A tenor de lo establecido en el artículo 235.1 LRJS , la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social.

FALLO

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

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

2.- Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia dictada el 15 de junio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, en el recurso de suplicación núm. 328/2016 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Burgos, de 26 de abril de 2016 , recaída en autos núm. 89/2016, seguidos a instancia de D^a. Elisa , contra Unión Castellana de Alimentación Ucalca, SA; y el Ministerio de Defensa, sobre Despido.

3.- Con imposición de costas a la recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Sebastian Moralo Gallego hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.