

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 685/2017, de 19 de septiembre de 2017

Sala de lo Social

Rec. n.º 2612/2016

SUMARIO:

Contratas y subcontratas. Reasunción por el Ministerio de Defensa del servicio de cocina y restauración que había sido externalizado a una empresa. Reversión que implica que la actividad pase a desarrollarse directamente por el citado Ministerio con su propio personal y con las instalaciones, equipos e instrumentos entregados a la contratista para la realización del encargo y devueltos tras su finalización. El hecho de que las infraestructuras o los medios materiales pertenezcan a la administración que descentraliza y las entregue 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 2001/23/CE. En el supuesto analizado, 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/CE y del artículo 44 del ET. Por tanto, que el Ministerio de Defensa no se haya hecho cargo de los trabajadores adscritos a la contrata, implica que estemos en presencia de un despido improcedente. **Voto particular.**

PRECEPTOS:

RDLeg. 2/2015 (TRET), art. 44.

PONENTE:

Don Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Magistrados:

Don JESUS GULLON RODRIGUEZ
Doña MILAGROS CALVO IBARLUCEA
Doña ROSA MARIA VIROLES PIÑOL
Doña MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN
Don ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

SENTENCIA

En Madrid, a 19 de septiembre de 2017.

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 2 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. 293/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Burgos, de fecha 5 de abril de 2016, recaída en autos núm. 102/2016, seguidos a instancia de D^a. Pura, contra Unión Castellana de Alimentación UcalSA, SA; y el Ministerio de Defensa, sobre Despido. Ha sido parte recurrida D^a. Pura, representada y asistida por la letrada D^a. M^a. Francisca Rodríguez Plaza; y UcalSA, SA representado por el procurador D. José Luis García Guardia y bajo la dirección letrada de D^a. Inés María Espinosa Rodrigo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 5 de abril de 2016 el Juzgado de lo Social n.º 3 de Burgos dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO- La actora, Doña Pura, prestó servicios por cuenta de Unión Castellana de Alimentación UCALSA SA desde el 9 de octubre de 2010, con categoría de cocinera, jornada tiempo parcial, centro de trabajo en la base militar Cid Campeador (Burgos) y salario mensual, incluida parte proporcional de pagas extraordinarias, de 768,54 €, abonado mediante ingreso en cuenta corriente, 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 concluyó sin avenencia. OCTAVO- Con fecha 2.2.16 se interpuso demanda que fue turnada a este Juzgado».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando parcialmente como estimo en su petición subsidiaria la demanda interpuesta por Doña Pura 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 4.807,62 €, con absolución de Unión Castellana de Alimentación UCALSA SA».

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, sede de Burgos, la cual dictó sentencia en fecha 2 de junio de 2016, en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por el MINISTERIO DE DEFENSA, frente a la sentencia de que dimana el presente rollo dictada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Burgos de fecha 5 de Abril de 2016, en autos número 102/2016, seguidos a instancia de Pura, contra, el recurrente, UNIÓN CASTELLANA DE ALIMENTACIÓN UCALSA S.A. UCALSA S.A., FONDO DE GARANTÍA SALARIAL DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL FOGASA, 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 €».

Tercero.

Por la representación del Ministerio de Defensa se formalizó el presente 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 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en fecha 8 de octubre de 2015, recurso n.º 878/2015.

Cuarto.

Con fecha 20 de diciembre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

Quinto.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de septiembre de 2017, 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 cocinera en la contrata 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 cocinera, en el centro de trabajo en la base militar Cid Campeador (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, a los que se unen dos trabajadores por cuenta ajena. 4) Ucalসা 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 Ucalসা. En suplicación, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Castilla y León -sede de Burgos- de 2 de junio de 2016, aquí recurrida, confirmó íntegramente tal pronunciamiento. Para fundamentar tal 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 aportando, para sustentar la contradicción, 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 Serunión 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) Serunión 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 Serunión 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 no niega la trabajadora en su escrito de impugnación, aunque si lo hace la mercantil codemandada en el suyo-, ha de apreciarse la existencia de la necesaria contradicción al observarse las identidades requeridas en el artículo 219 LRJS. 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 contratas 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 la recurrente que en el supuesto examinado no se dan los requisitos constitutivos establecidos por la jurisprudencia nacional y europea para considerar que estamos 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 si 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- 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».

Cuarto.

1- 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 contrataciones con diferentes empresas, decide asumir aquella 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, entendiendo por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria"; 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.

2- 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 aquélla 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.

3- 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.

Quinto.

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 al consiguiente confirmación de la sentencia recurrida.

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 la sentencia dictada el 2 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. 293/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Burgos, de fecha 5 de abril de 2016, recaída en autos núm. 102/2016, seguidos a instancia de D^a. Pura, contra Unión Castellana de Alimentación UcalSA, 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.

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa María Viroles Piñol, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 205 de la LEC, respecto de la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 2612/2016, para sostener la posición mantenida en la deliberación acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, en síntesis, y como se desarrollará oportunamente, en el hecho de que el criterio mayoritario aprecie la existencia de sucesión de empresa (art. 44 ET) en el presente caso de reversión de una concesión administrativa de restauración colectiva por el Ministerio de Defensa -de uso propio- para continuarla con personal propio en las mismas (propias) instalaciones, entendiendo que debió aplicarse al caso la doctrina contenida en las SSTS/IV de 12/07/2016 (rcud. 349/2015) y 9/12/2016 (rcud. 1674/2015) entre otras.

Baso mi discrepancia en las siguientes consideraciones:

Primera.

1. La cuestión que se plantea en el presente recurso se centra en decidir si se ha producido sucesión de empresa del art. 44 ET entre la empresa saliente (UcalSA SA) y la principal (Ministerio de Defensa) en la actividad que hasta ese momento había sido contratada de restauración colectiva para el propio Ministerio de Defensa, para lo cual la referida Administración había puesto a disposición de dicha empresa los locales y las instalaciones correspondientes de cocina y comedores tales como aparatos, maquinaria y menaje, comprometiéndose a mantenerlo en perfecto estado de conservación y funcionamiento.

Consta en el presente procedimiento que, el 31/12/2015 la adjudicataria cesó en su servicio que pasó a ser realizado por el Ministerio de Defensa en las mismas instalaciones, con los mismos proveedores, materiales y enseres que la anterior adjudicataria, y con su propio personal militar y con personal contratado por cuenta ajena. La trabajadora que prestaba servicios para UcalSA como limpiadora adscrita a la contrata vio extinguido su contrato el 31/12/2015, indicándole la empresa que debía ser asumida por el Ministerio de Defensa. La misma comunicación se entregó a otras 20 trabajadores, sin que estos ni tampoco la actora hayan pasado a trabajar para la citada Administración demandada. La sentencia de instancia estimó en parte la demanda y declaró el despido improcedente condenando al Ministerio de Defensa a las consecuencias legales derivadas de dicha declaración.

2. La sentencia de suplicación, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede Burgos) de 2 de junio de 2016 (R. 288/2016), confirma dicha resolución siguiendo el criterio de la propia Sala suplicatoria en el sentido de que el servicio de restauración colectiva contratado no se basaba exclusivamente en la mano de obra, pues para su realización eran necesarios una serie de medios materiales que el repetido Ministerio puso a disposición de la contratista y que de no existir no se habría podido llevar a cabo en los términos pactados (locales, mobiliario, cocinas, frigoríficos y demás utensilios necesarios. De lo que se deduce que no se ha producido una

sucesión de empresa por "sucesión de plantilla", pero si una sucesión de empresa del art. 44 ET en virtud de la transmisión patrimonial de los referidos locales, mobiliario y enseres producida entre la empresa saliente y el Ministerio titular de los mismos, con arreglo a la interpretación que realiza la STJUE de 26/11/2015 (Caso Aira Pascual y otros) de la Directiva 2001/23/CE, lo que significa que la Administración demandada debió asumir a la actora, y que al no haberlo hecho el despido es sólo a ella imputable.

Segundo.

1. Disconforme con la referida sentencia, el Ministerio de Defensa demandado interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, designando como sentencia de contraste a efectos de constatar la existencia de contradicción la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 8 de octubre de 2015 (Rec 878/2015), que revoca la dictada en la instancia y declara el cese constitutivo de un despido improcedente, condenando a Serunió S.A. a las consecuencias legales derivadas de esa declaración.

Muestro mi conformidad a la existencia de contradicción apreciada por esta Sala IV/TS en su voto mayoritario.

Tercera.

1. Al amparo del art. 224.1 y 2, en relación con el art. 207 e) de la LRJS, se articula por el recurrente un motivo único de recurso, en el que considera que la sentencia recurrida infringe el art. 44 ET, en relación, por un lado con la Directiva 2001/23/CEE, y, por otro lado, con el art. 301.4 del TRLCSP y jurisprudencia que cita.

La cuestión litigiosa, como queda dicho, queda aquí centrada en determinar si se ha producido o no sucesión de empresa del art. 44 ET en el presente caso entre la empresa saliente (ULCASA SA) y la principal (MINISTERIO DE DEFENSA), -sin que se discuta que proceda la sucesión por imposición de una norma convencional- en la actividad que hasta este momento había sido contratada de restauración colectiva para uso por el propio Ministerio, dándose las circunstancias de que la Administración había puesto a disposición de la empresa saliente los locales y las instalaciones de cocina y comedores, (tales como aparatos, maquinaria y menaje, comprometiéndose a mantenerlo en perfecto estado de conservación y funcionamiento) y decide rescatar el servicio y asumir la actividad con los mismos medios materiales recuperados, si bien con su propio personal.

2. La cuestión, en los términos que viene planteada, ha sido resuelta por esta Sala IV/ TS, entre otras en la sentencia de 12-julio-2016 (rcud. 349/2015), imponiéndose en el presente caso igual solución por razones de seguridad jurídica. Como decíamos allí, ha de excluirse que:

«estemos en presencia de la situación contemplada en el artículo 44.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, o en el artículo 1.1 a) y b) de la Directiva 2001/23/CEE, del Consejo de 12 de marzo de 2001, desde el momento en que, tal y como consta en los hechos probados a que se atuvo la sentencia recurrida, no afectó la transmisión a 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 accesorio", porque el Liceo no se hizo cargo no solo de las dos trabajadoras, sino que tampoco lo hizo de los activos materiales o inmateriales de la empresa saliente. Y por último, tal y como ya se dicho, es evidente que tampoco se produjo una sucesión de plantilla, en los términos acuñados por la jurisprudencia del TJUE a la hora de interpretar la referida Directiva y las anteriores refundidas en ella, puesto que aunque se trata de una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, en un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común, y que a los efectos de la Directiva podría ser considerada como una entidad económica, lo cierto es que no hubo tal asunción de ninguna de las trabajadoras de la plantilla. (...) En esa copiosa jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la que se recogen numerosas y conocidas sentencias del TJUE, siempre se destaca un elemento de análisis que resulta esencial, y es el que se refiere a la determinación de las particulares circunstancias en las que se lleva a cabo la extinción de los contratos de trabajo con el cambio de la actividad desde una empresa a la otra. Esa es la razón de que tanto la sentencia que hoy se recurre como la de contraste recojan en su fundamentación jurídica sentencias iguales, aunque su interpretación o aplicación al caso difiera en un caso y en otro, a pesar de la identidad sustancial antes apuntada, que resulta evidente. Como ejemplo podríamos citar nuestra STS de 23 de septiembre de 2.014 (recurso 231/2013) en la que se lleva a cabo un estudio muy completo de la referida jurisprudencia del TS y del TJUE, o la aún más

reciente de 7 de abril de 2.016 (recurso 2269/2014), que también contiene un resumen interesante de la evolución jurisprudencial a que nos referimos. Y en este caso concreto que hoy resolvemos, debemos citar la STJUE de 22 de enero de 2.011, asunto CLECE, C-463/09, en la que se ofrece contestación a una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla La Mancha en el caso de un Ayuntamiento que decidió rescindir la contrata de limpieza que tenía concertada con la empresa CLECE, asumiendo con su propio personal -contratado ad hoc-el referido servicio de limpieza, sin asumir a ninguno de los trabajadores de la empresa saliente. El Tribunal de Justicia, después de referir una buena parte de su jurisprudencia en la materia, concluye que en una situación como la que se planteaba, no resultaba de aplicación la Directiva 2001/23, con los siguientes argumentos: "conforme al artículo 1, apartado 1, 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 (véanse, en particular, las sentencias de 18 de marzo de 1986, Spijkers, 24/85, Rec. p. 1119, apartado 13; de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting, C- 29/91, Rec. p. I-3189, apartado 24; de 11 de marzo de 1997, Süzen, C-13/95, Rec. p. I-1259, apartado 14, y de 20 de noviembre de 2003, 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, apartado 18; Hernández Vidal y otros, 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, antes citada, apartado 21; Hernández Vidal y otros, antes citada, apartado 32; de 10 de diciembre de 1998, Hidalgo y otros, C-173/96 y C-247/96, Rec. p. I-8237, apartado 32; de 24 de enero de 2002, Temco, C-51/00, Rec. p. I-969, apartado 33, y UGT-FSP, antes citada, apartado 29). A este respecto ... poco importa que la asunción de una parte esencial del personal se realice en el marco de la cesión convencional negociada entre el cedente y el cesionario o que resulte de una decisión unilateral del antiguo empresario de rescindir los contratos de trabajo del personal cedido, seguida de una decisión unilateral del nuevo empresario de contratar a la mayor parte de la plantilla para cumplir las mismas tareas. En efecto, si, en caso de asumir una parte esencial de la plantilla, la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23 se supeditara a que tal asunción tenga un origen puramente contractual, la protección de los trabajadores que constituye el objetivo de esta Directiva quedaría en manos del empresario, el cual, absteniéndose de celebrar tal contrato, podría eludir la aplicación de dicha Directiva, en perjuicio de los derechos de los trabajadores cedidos que, sin embargo, están garantizados por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/23. Es preciso reconocer, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que una actividad de limpieza, como la del procedimiento principal, puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra (véase, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Hernández Vidal y otros, apartado 27; Hidalgo y otros, apartado 26, y Jouini y otros, apartado 32), y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de limpieza puede, a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica (en este sentido, véase la sentencia Hernández Vidal y otros, antes citada, apartado 27). No obstante, en este supuesto es preciso además que dicha entidad mantenga su identidad aun después de la operación de que se trate. A este respecto, del auto de remisión se desprende 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. En estas circunstancias, el único vínculo entre las actividades ejercidas por CLECE y las asumidas por el Ayuntamiento de Cobisa es el objeto de la actividad de que se trata, esto es, la limpieza de locales. Ahora bien, la mera circunstancia de que la actividad ejercida por CLECE y la ejercida por el Ayuntamiento de Cobisa sean similares o incluso idénticas no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica. En efecto, tal entidad no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado. Su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Sützen, apartado 15; Hernández Vidal y otros, apartado 30, e Hidalgo y otros, apartado 30). En particular, 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 Cobisa, 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". (...) Es cierto 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. Así podríamos referirnos a la reciente sentencia TJUE C-509/14, Adif, de 26 de noviembre, en la que se concluye que "el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse 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". Como puede verse, en ese caso se trataba de una empresa que utilizaba para llevar a cabo su actividad económica importantes infraestructuras y equipamiento, y desde luego no basaba la misma en la simple utilización de mano de obra del personal que en ella prestaba servicios. (...) Como aplicación de esa doctrina al caso que resolvemos, ya hemos anticipado que en absoluto estamos en presencia de una empresa que base su actividad en un equipamiento que haya de transmitirse o que se haya transmitido para continuar con la misma, como es el servicio de apoyo como monitoras de comedor de un centro de enseñanza, pues se trata de una actividad típica en la que es la mano de obra el elemento más significativo. En este sentido la sentencia recurrida parte del hecho probado de que no fue objeto de transmisión ninguno de esos elementos de producción a que se refiere el artículo 1 de la Directiva, o el número 2 del artículo 44 ET, pues en modo alguno la transmisión afectaba 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", como tampoco se produjo la referida figura de la sucesión de plantilla, puesto que el Liceo procedió a asumir la actividad en el control del comedor únicamente con su propio personal y algunas personas voluntarias».

3. Doctrina de aplicación al presente caso, pues atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes, entiendo que procedía la estimación del recurso, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, para concluir que no nos encontramos ante una auténtica transmisión en los términos establecidos en la Directiva 2001/23 ni ante una sucesión empresarial del art. 44 ET, estimando que la doctrina correcta es la que se contiene en la sentencia de contraste, acorde con la consolidada de esta Sala IV/TS, declarando la responsabilidad de la empresa saliente, y exonerando al Ministerio de Defensa recurrente, pues atendiendo a tales circunstancias, no se da el supuesto de obligación de asumir o incorporar a la trabajadora demandante en su plantilla.

La sentencia de la Sala -voto mayoritario- sostiene en apoyo de su tesis que las SSTS de 26 de enero de 2017 (rcuds. 2982/2015 y 3847/2015), rectificaron la doctrina anterior, pero ello no es así, ni puede serlo, por tratarse de sentencias que desestiman el recurso por concurrir causa de inadmisión por falta de contradicción y que por lo tanto no resuelve sobre el fondo del asunto.

Es en este sentido, opuesto a la sentencia de esta Sala IV/TS, que entiendo debió resolverse el presente supuesto, acorde con la doctrina de esta Sala, y que expreso el presente voto particular.

En Madrid, a 19 de septiembre de 2017.

PUBLICACIÓN- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Angel Blasco Pellicer y el voto particular formulado por la Magistrada Excmo. Sra. D^a Rosa Maria Viroles Piñol, 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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.