

REVERSIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y RELEVANCIA DE LOS ELEMENTOS PATRIMONIALES PARA LA SUCESIÓN DE EMPRESA

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2017, rec. 2612/2016**

Adrián Todolí Signes

Profesor ayudante doctor. Universidad de Valencia

1. MARCO NORMATIVO

El marco jurídico de referencia en el litigio resuelto por la sentencia que aquí se comenta no es otro que el [artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), referido a las previsiones legales en materia de sucesión de empresas y al mantenimiento del vínculo laboral cuando existe un cambio de titularidad de la empresa. Esta normativa proviene del ámbito europeo, cuya regulación está contenida en la [Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo de 2001](#), que establece los conceptos básicos que la normativa española solamente se limita a trasponer. Además, la regulación europea es clave dado el alto nivel de actividad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a la hora de definir e interpretar estos conceptos. De esta forma, el TJUE en más de una ocasión ha introducido nuevas interpretaciones (ej.: sucesión de plantillas) relativamente distintas a las que venía manteniendo nuestro Tribunal Supremo, que ha supuesto una reinterpretación del artículo 44 en el sentido de la directiva.

A efectos de la sentencia que aquí se comenta, interesa conocer que el TJUE hace una interpretación *amplia, flexible y finalista* de la transmisión de empresa, incluyendo la sucesión de contratados. Concretamente, no se exige siquiera que tenga que haber transmisión de la *propiedad* de la unidad productiva entre cedente y cesionario ([STJUE de 26 de noviembre de 2015](#)). También ha señalado el tribunal que la circunstancia de que la transmisión se deriva de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la directiva ([STJCE de 19 de mayo de 1992, asunto Redmond Stichting](#), y [STJUE de 29 de julio de 2010, asunto UGT-FSP](#)).

Por el contrario, lo relevante para saber si nos encontramos ante una sucesión de empresas, a efectos de la [directiva](#), será conocer si existe un elenco de «circunstancias de hecho» que permitan confirmar si se ha enajenado –o transmitido– una entidad económica autónoma.

Para ello, la jurisprudencia del TJUE analiza conjuntamente una serie de elementos que cabe diferenciar dependiendo de si nos encontramos en una actividad económica donde existen elementos patrimoniales (materiales o inmateriales) relevantes económicamente o no.

Si la actividad objeto de transmisión requiere de dichos elementos patrimoniales, la existencia de sucesión de empresas dependerá de que se hayan transmitido bienes materiales (edificios, bienes muebles, maquinaria, elementos productivos), que se hayan transmitido bienes inmateriales relevantes económicamente en el momento de la transmisión, que se haya transmitido la clientela, que el nuevo empleador se haga cargo de la mayoría de los trabajadores en términos de número y competencias de esos trabajadores y del tiempo de la suspensión de las actividades, en caso de que haya suspensión, entre que terminó el cedente y reinició las actividades el cesionario (SSTJCE de [10 de diciembre de 1998, asunto Sánchez Hidalgo](#), y [24 de enero de 2002, asunto TEMCO](#); y [STS de 5 de marzo de 2013, rec. 3984/2011](#)).

Todo ello ha de analizarse en conjunto para conocer cuál o cuáles de esos elementos es el esencial –en el que descansa fundamentalmente la actividad–, pues la transmisión de ese elemento o elementos esenciales es lo que determinará que existe sucesión de empresa.

En este sentido, el TJUE es coherente y establece que, subsidiariamente, si en la actividad o empresa transmitida los elementos patrimoniales no son económicamente relevantes, sino que lo esencial de la actividad (de la contrata) descansa en la mano de obra, habrá que aplicar la doctrina de la sucesión de plantilla. En este caso, cuando la actividad transmitida no tiene elementos patrimoniales relevantes, lo que habrá que valorar para conocer si existe sucesión de empresa es si la empresa cesionaria se ha hecho cargo, voluntariamente o por obligación legal, convencional o contractual, de la mayoría (cualitativa o cuantitativamente) de trabajadores de la empresa cedente (SSTJUE de [14 de abril de 1994, asunto Schmidt](#), y [11 de marzo de 1997, asunto Sützen](#)).

Una vez determinada la existencia de sucesión de empresas, la [directiva](#) y la normativa española ([art. 44 ET](#)) establecen una serie de consecuencias entre las cuales destaca la pervivencia del vínculo contractual en las mismas condiciones laborales que venía disfrutando el trabajador subrogado (entre otras).

2. SUPUESTO DE HECHO

La demandante prestó servicios por cuenta ajena para una empresa contratista del Ejército de Tierra. Esta empresa prestaba servicios de restauración colectiva en diferentes bases militares en la provincia de Burgos. Para estos menesteres, el punto 2.5 del Pliego de Prescripciones Técnicas dispone 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 (...), siendo responsable de su mantenimiento y reparación. Igualmente, se dispone que la adjudicataria presentará mensualmente la facturación de la comida al Ejército de Tierra. El punto 2.6 es-

tablece que la limpieza y desinfección de la cocina y de los comedores así como los materiales necesarios para llevarla a cabo serán por cuenta de la empresa adjudicataria.

Con fecha de efectos 31 de diciembre de 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 1 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, al que se unen dos trabajadores por cuenta ajena. Así pues, vista la terminación contractual, la empresa contratista, que es la empleadora de la demandante, comunica a la trabajadora que, con efectos de 31 de diciembre de 2015, se produciría la sustitución de la persona del empleador, que pasaría a 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 del ET](#). En esta última fecha, la empresa contratista dio de baja en la 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.

Con base en estos hechos declarados probados en la sentencia de instancia, dicho tribunal declara que existe sucesión de empresas y, por ello, entiende que la negativa del Ministerio de Defensa de incorporar a la demandante es un despido improcedente. Todo ello con absolución de la empresa contratista.

Frente a esta sentencia, el Ministerio de Defensa recurre en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, la cual dictó sentencia el 2 de junio de 2016, fecha en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, confirma la sentencia condenando en costas a la parte recurrente.

Posteriormente, el Ministerio de Defensa presenta 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 878/2015.

El Tribunal Supremo, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, entiende que concurre contradicción dado que en la sentencia de Castilla-La Mancha la trabajadora prestaba servicios de restauración colectiva para una empresa contratista de la Consejería de Educación. El material, menaje y enseres necesarios para realizar la actividad eran puestos a disposición de la entidad pública. Terminada la contrata, la mercantil reintegró a la Administración las instalaciones de cocina con todo el mobiliario, menaje y utensilios que en su día fueron puestos a disposición por la consejería para la prestación de servicios que reasumió. En este caso, cesado el trabajador, dado que la mercantil entendía que existía sucesión de empresas, el tribunal entendió que no era así, absolviendo a la Administración y condenado por despido improcedente a la empresa.

De esta manera, los elementos esenciales requeridos por el artículo 219 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#) para admitir el recurso de casación de doctrina se dan.

3. FUNDAMENTO DE LA SENTENCIA

La cuestión principal a resolver es la existencia o no de sucesión de empresas, no obstante, para resolver esta cuestión el tribunal se plantea dos cuestiones claves de gran interés. En primer lugar, a la hora de analizar si existe sucesión de empresas lo primero consiste en saber si la actividad realizada –servicio de restauración colectiva– descansa fundamentalmente en la mano de obra o, por el contrario, existen elementos patrimoniales relevantes económicamente. En segundo lugar, nos encontramos ante un supuesto de reversión de servicios públicos que en primer lugar fueron externalizados con la particularidad adicional de que la propiedad de los elementos patrimoniales siempre perteneció a la Administración pública. De esta forma, esos elementos materiales necesarios para realizar la actividad son puestos a disposición de la contratista por parte de la Administración para luego revertir en la misma Administración cuando reasume el servicio.

Empezando por la segunda cuestión, ante esta particularidad, que no suele ser común, el Tribunal Supremo en la sentencia comentada resuelve siguiendo el criterio establecido por la [STJUE de 26 de noviembre de 2015, C-509/2014, asunto Aira Pascual](#), que resuelve precisamente 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 los 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 la misma 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 esta 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.

Esto es, para el TJUE la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a la empresa saliente, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante que tras la reasunción vuelve a utilizarlos en la actividad, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la [directiva](#).

De esta manera, siendo este hecho irrelevante, habrá que estar a los criterios tradicionales para determinar la existencia o inexistencia de sucesión de empresa. Por ello, volviendo a la sentencia aquí comentada, resulta clave conocer si la actividad de restauración colectiva que realizaba la actividad contratista descansa fundamentalmente en la mano de obra o por el contrario requiere de unos medios patrimoniales relevantes económicamente. En el supuesto que se comenta no había controversia, al establecer que los medios materiales para la restauración colectiva habían pasado de manos de la mercantil a la Administración pública tras la finalización de la contrata, ni tampoco había dudas de que la Administración no había contratado ni a la demandante ni a ninguna otra trabajadora de la mercantil para realizar las tareas que anteriormente realizaba la contratista.

En este sentido, el tribunal para poder resolver debe analizar cuál es elemento esencial del negocio para conocer si este se ha transmitido o no. Si el elemento esencial es la mano de obra, no habría sucesión de empresa dado que esta no se transmitió ([STS de 26 de septiembre de 2017, rec. 3533/2015](#)), mientras que si el elemento esencial de la actividad es el patrimonio o los elementos materiales (cocinas, enseres, etc.), habría sucesión de empresas.

Pues bien, el Tribunal Supremo entiende que la restauración colectiva es un servicio donde existen elementos materiales relevantes económicamente como son las cocinas, los frigoríficos, los hornos y los utensilios de una cocina industrial hasta el punto de que 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 en la que se trata. Concluye con ello la sentencia que existe un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, lo que lleva a que estemos en el ámbito de aplicación de la [directiva](#).

4. IMPACTO DE LA DOCTRINA ASENTADA

La sentencia comentada viene a cerrar un debate que estaba abierto y a encauzar otro, aunque sin aportar la deseada seguridad jurídica, dado el carácter casuístico de toda sentencia.

El primer debate, que puede considerarse cerrado, es la irrelevancia a efectos de la [Directiva 2001/23/CE](#) de que los medios materiales traspasados fueran originalmente de la empresa cesionaria. Si estos medios materiales fueron cedidos por parte de la Administración pública a la empresa contratista y posteriormente son revertidos a la Administración pública de nuevo, que continúa la actividad terminada la contrata, tendrán que ser valorados a efectos de una posible sucesión de empresa.

La segunda cuestión consiste en conocer en qué casos una actividad descansa fundamentalmente en mano de obra (aplicación de la doctrina de la sucesión de plantilla) o descansa en unos medios materiales económicamente relevantes (aplicación del traspaso patrimonial). Sobre esta segunda cuestión parece aclarado que en el caso de servicios de restauración colectiva los medios materiales –cocinas, frigoríficos, hornos– son elementos relevantes y, por ello, habrá que estar a

la transmisión de estos elementos para determinar la sucesión de empresa. Aunque es importante conocer que existe un voto particular a la sentencia que discute el fallo precisamente por entender que las cocinas no son un elemento fundamental, sino que la restauración colectiva es una actividad que recae fundamentalmente en la mano de obra. Sin embargo, el voto particular no expone las razones por las que entiende que la restauración colectiva no requiere de elementos patrimoniales relevantes.

En el caso de reversión de servicios públicos donde en la mayoría de supuestos los medios materiales son desde el inicio de la Administración pública que se revierten una vez terminada la contrata, parece que va tomando fuerza la cuestión del tipo de actividad. Es decir, dado que siempre habrá medios patrimoniales que se revierten, la cuestión se resolverá con base en si esos medios patrimoniales son o no relevantes. En efecto, la [STS de 26 de septiembre de 2017, rec. 3533/2015](#) –posterior a la aquí comentada–, analiza un supuesto de reversión de los servicios de información, atención al cliente y servicios auxiliares en estaciones ferroviarias a favor de una entidad pública que se resuelve al entender que dicha actividad recae fundamentalmente en la mano de obra y, por ello, no hay sucesión de empresa, ya que ADIF no contrató a ninguno de los trabajadores de la contratista saliente.

De esta forma, viendo la [sentencia aquí comentada](#) en conjunto con esta [Sentencia de 26 de septiembre de 2017](#), parece ser que, en efecto, cada vez es más relevante conocer cuándo se está ante un *tipo de actividad* que requiera medios patrimoniales *relevantes* para ejercerla y cuándo no.