

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34011510

NIG: 28.079.00.4-2019/0066404

Procedimiento Despidos colectivos 1440/2019 Secc. 1

CE

Materia: Despido Colectivo

DEMANDANTE: FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS

DEMANDADO: MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD y otros 3

Ilma/os. Sra/es

D^a. MARIA DEL ROSARIO GARCIA ALVAREZ
D. ISIDRO MARIANO SAIZ DE MARCO
D. IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER

En Madrid a 23 de julio de 2019, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección Primera de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA nº 776/20

En el procedimiento número Despidos colectivos 1440/2019, formalizado por el /la GRADUADO SOCIAL D. RAFAEL PRADO CALVO en nombre y representación de FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS contra DULCINEA NUTRICIÓN S. L., ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE DICHA ENTIDAD DULCINEA NUTRICIÓN S.L., “MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD”, GRUPO NAZÁBAL RESTAURACIÓN S. L., y

FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, en materia de Despido Colectivo y siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. **D. ISIDRO M. SAIZ DE MARCO**, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Federación de Servicios de Comisiones Obreras se formuló demanda el 26 diciembre 2019 frente a la empresa Dulcinea Nutrición S.L. y el "Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad".

En ella se indicaba que Comisiones Obreras es el sindicato al que pertenecen los Delegados de personal elegidos en el centro de trabajo al que afecta el despido colectivo.

En el "suplico" de la demanda se solicitaba que *"se declare que el silencio empresarial de Dulcinea Nutrición S.L. ante la decisión del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad de cerrar la cafetería-comedor donde los trabajadores prestaban servicio, así como el silencio del propio Ministerio de subrogarse en los contratos de trabajo, constituye un despido colectivo tácito, efectuado por las demandadas, que se ha realizado incumpliendo todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 124-2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, motivo por el cual el referido despido debe ser declarado nulo o subsidiariamente improcedente..."*.

SEGUNDO.- Se señalaron los actos de conciliación y juicio para el día 11 marzo 2020 (folios 20 a 22).

TERCERO.- Por la parte actora se presentó, a requerimiento de este Tribunal, relación de trabajadores afectados, que obra a folios 33 y 34.

CUARTO.- Por la parte actora se presentó escrito el 12 febrero 2020 indicando que la entidad Dulcinea Nutrición S. L. se encontraba en situación concursal (folio 41), por lo que se acordó la citación del Administrador concursal (folios 42 y 43). Asimismo se dispuso el emplazamiento del Fondo de Garantía Salarial (folio 103).

QUINTO.- Por la parte actora se presentó escrito el 2 marzo 2020, interesando la ampliación de la demanda frente a la empresa Grupo Nazábal Restauración S. L. (folios 46 y 47).

SEXTO.- Mediante Diligencia de 4 marzo 2020 se acordó la suspensión del señalamiento, fijándose como nuevo día para la vista el 15 abril 2020 (folio 49).

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 30 marzo 2020 se acordó, con motivo de la situación sanitaria provocada por el covid-19, la suspensión del señalamiento, disponiéndose que se señalaría nuevamente una vez finalice el estado de alarma declarado en España (folio 57).

OCTAVO.- Mediante Diligencia de 28 mayo 2020 se acordó nuevamente el señalamiento para el día 16 julio 2020, citándose a tal fin a las partes (folio 64).

HECHOS PROBADOS.-

PRIMERO.- El 10 abril 2017 se publicó en la “Plataforma de contratación del sector público” anuncio de licitación en relación con el “servicio de restaurante y bar-cafetería en comedor-autoservicio y cafeterías del Ministerio de la Presidencia y atención y limpieza de dichas dependencias y offices en el Complejo de la Moncloa”, por un plazo de ejecución de cuatro años (folios 585 y 586). El valor estimado del contrato era de 7.137.319,50 euros, y el importe (con impuestos) de 2.255.682,06 euros.

SEGUNDO.- El pliego de cláusulas administrativas particulares de dicho contrato obra a folios 591 a 703.

TERCERO.- El pliego de prescripciones técnicas obra a folios 704 a 714.

CUARTO.- Conforme a dichos pliegos, el servicio debía prestarse en varios edificios (edificio Servicios, edificio INIA y edificio Portavoz) -folio 705-, con arreglo a los horarios de lunes a domingo que se indicaban.

Los servicios a prestar comprendían:

- A) Servicio de restaurante y bar-cafetería, y
- B) Servicio de atención y limpieza de cafeterías, cocina, autoservicio y offices.

La empresa adjudicataria debía subrogar al personal de la anterior adjudicataria del servicio (folio 708).

El Ministerio de la Presidencia pondría a disposición del adjudicatario, a título gratuito, los locales (cocina, cafeterías, autoservicio y offices en el Complejo de la Moncloa), dependencias auxiliares, mobiliario, equipamiento, instalaciones y enseres relacionados en el Anexo I.

Tal relación de enseres figura a folios 715 a 718, incluyendo -entre otros elementos- mobiliario, lavavajillas industriales, campanas extractoras, equipo de hilo musical, hornos, tostadoras, peladoras, amasadoras, cortadoras, freidoras, trenes de lavado, estanterías, planchas de cocina, botelleros, cámaras frigoríficas, fregaderos, etc.

La empresa adjudicataria debería aportar el resto de mobiliario, menaje, vajillas, cristalería, enseres y aparatos que sean necesarios para el perfecto funcionamiento de los servicios contratados, debiendo reunir dicho material, a juicio del Departamento, las condiciones de calidad, prestación y buen gusto adecuadas al servicio que ha de prestarse (folios 708-vuelto y 709).

Los gastos de climatización, agua y energía eléctrica en los locales cedidos serían por cuenta de la Administración, reservándose además ésta las facultades de inspección, control y dirección que se recogen a folios 709 y 710.

QUINTO.- El 6 julio 2017 se publicó en la “Plataforma de contratación del sector público” anuncio de adjudicación en virtud del cual se hacía pública la adjudicación del referido contrato de “servicio de restaurante y bar-cafetería en comedor-autoservicio y cafeterías del Ministerio de la Presidencia y atención y limpieza de dichas dependencias y offices en el Complejo de la Moncloa” a la empresa Dulcinea Nutrición S.L. en la cantidad de 1.927.200 euros (folios 587 y 588).

SEXTO.- El 18 agosto 2017 se publicó en la referida Plataforma la formalización del mencionado contrato entre el Ministerio de la Presidencia y la empresa Dulcinea Nutrición S.L. (folios 589 y 590).

SÉPTIMO.- Damos por reproducidas las relaciones o listados de trabajadores aportados por la parte actora, que obran a folios 583 y 548, y 850, de las actuaciones.

OCTAVO.- El 10 diciembre 2019 los trabajadores que venían realizando la referida actividad no pudieron acceder a sus puestos de trabajo, debido a que las dependencias o instalaciones donde prestaban servicios se encontraban cerradas.

NOVENO.- El 11 diciembre 2019 se dictó resolución por el Ministerio de la Presidencia acordando resolver el contrato de “Servicio de restaurante y bar cafetería, así como atención y limpieza de estas dependencias y offices en el Complejo de la Moncloa”, procediéndose al cierre de dichas instalaciones el día siguiente (folios 719 a 723).

DÉCIMO.- El 16 diciembre 2019 se publicó en la “Plataforma de contratación del sector público” anuncio de licitación del servicio de catering para el Complejo de la Moncloa, indicándose un valor estimado del contrato de 34.966,14 euros, y siendo su plazo de ejecución de 45 días (folios 725 y 726). No obstante, al haberse producido un defecto

formal en dicho anuncio (folios 759 a 761), se volvió a publicar anuncio de licitación en la referida Plataforma el 13 enero 2020 (folios 754 a 756).

El pliego de cláusulas administrativas particulares del referido contrato del servicio de catering obra a folios 734 a 750, y el pliego de prescripciones técnicas a folios 751 a 753.

En el apartado “Necesidades administrativas a satisfacer” del pliego de cláusulas administrativas se indica: *“La situación de insolvencia de la empresa adjudicataria del contrato de servicio de restaurante y bar cafetería en este Complejo ha originado que estos servicios dejen de prestarse. El cese de estos servicios afecta muy negativamente al elevado número de personas que trabaja en este Complejo, ya que éste se encuentra distante de zonas comerciales que puedan satisfacer las necesidades básicas de que se trata y a las que acudir como vía alternativa ante la coyuntura expresada. En el sentido dicho la disparidad de turnos y horarios que coexisten en este ámbito no vienen sino a justificar en mayor medida la necesidad de los servicios citados. Por tanto, hasta que se consiga poner en ejecución un nuevo contrato que sirva para dar satisfacción definitiva a las necesidades mencionadas se hace preciso dar una respuesta temporal que sirva para dar atención, en la medida de lo posible y de forma parcial, a las mismas. A este respecto, se considera como solución más ágil e idónea la contratación de un servicio diario de catering”* (folio 735-vuelto).

La empresa adjudicataria debía aportar el menaje, utensilios, enseres y demás medios precisos para la ejecución del contrato (folio 753).

No se establecía ninguna obligación de subrogar personal.

UNDÉCIMO.- El 20 enero 2020 -y nuevamente el 28 febrero 2020- se publicó en dicha Plataforma anuncio de adjudicación del referido servicio de catering, siendo la empresa adjudicataria Grupo Nazábal Restauración S. L. (folios 727 y 728; 764 y 765). Asimismo se publicó anuncio de formalización del referido contrato de catering en la mencionada Plataforma el 28 febrero 2020 (folios 757 y 758; 762 y 763). También se publicó en el BOE de 4 marzo 2020 (folio 766).

DUODÉCIMO.- El servicio prestado por Grupo Nazábal Restauración S.L. ha consistido en el traslado de alimentos (menús) confeccionados en la cocina que dicha empresa tiene en sus propias dependencias (nunca en el Complejo de la Moncloa).

Grupo Nazábal Restauración S.L. no ha utilizado en ningún momento las cocinas existentes en el Complejo de la Moncloa.

Los alimentos eran llevados por Grupo Nazábal Restauración S.L., en un vehículo o furgoneta de esta empresa, a dependencias del Complejo de la Moncloa.

Tales alimentos o menús eran consumidos por el personal destinado en la Moncloa que lo deseaba, lo que se hacía en un comedor de dicho Complejo.

Grupo Nazábal Restauración S.L. no servía los alimentos a los comensales, sino que tales alimentos les eran entregados y los comensales podían calentarlos en un horno de microondas allí existente. También podían usar los comensales un refrigerador para enfriar las bebidas y un elemento de la barra para calentar alimentos al “baño maría”.

Grupo Nazábal Restauración S.L. no limpiaba el lugar donde se consumían los menús, limitándose a recoger el material, que generalmente eran platos y vasos de material desechable.

El número de trabajadores empleados por Grupo Nazábal Restauración S.L. para realizar dicha actividad de catering ascendía a tres.

DECIMOTERCERO.- Mediante auto de 4 febrero 2020 del juzgado de lo Mercantil de Ciudad Real se declaró en situación de concurso necesario a la empresa Dulcinea Nutrición S. L. (folio 724).

DECIMOCUARTO.- El 17 abril 2020 se publicó en la “Plataforma de contratación del sector público” anuncio de licitación de “contrato mixto de concesión de los servicios de restauración en el Complejo de la Moncloa y de los servicios de limpieza y atención de los espacios destinados a dicha finalidad” (folios 789 a 791). Se preveía una vigencia de cinco años, con fecha de inicio el 1 julio 2020. El valor estimado del contrato era de 8.526.360,25 euros, y su importe con impuestos de 2.948.848,05 euros. Se dispuso asimismo la tramitación urgente de dicho expediente (folios 795 y 796).

Los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas de dicho “contrato mixto de concesión de los servicios de restauración en el Complejo de la Moncloa y de los servicios de limpieza y atención de los espacios destinados a dicha finalidad” obran a folios 797 a 849.

En dichas cláusulas se prevé la obligación de la empresa adjudicataria de subrogarse en el personal de la anterior empresa adjudicataria de los servicios (folios 806, 839, 845-vuelto, 846 y 850).

DECIMOQUINTO.- Según acta de la Mesa de Contratación de 5 mayo 2020 la licitación del referido “contrato mixto de concesión de los servicios de restauración en el Complejo de la Moncloa y de los servicios de limpieza y atención de los espacios destinados a dicha finalidad” resultó desierta, por no haberse presentado ninguna oferta (folios 559 a 561).

DECIMOSEXTO.- El 27 mayo 2020 se publicó en la “Plataforma de contratación del sector público” nuevo anuncio de adjudicación del referido “contrato mixto de concesión de los servicios de restauración en el Complejo de la Moncloa y de los servicios de limpieza y atención de los espacios destinados a dicha finalidad” (folios 562 y 563).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.-

PRIMERO.- Los anteriores hechos se tienen por acreditados con base en la prueba de carácter documental practicada en el acto del juicio, siendo que los documentos mencionados en el relato fáctico no han sido objeto de específica impugnación o en todo caso se consideran fidedignos y verosímiles una vez puestos en conjunción con la totalidad de las pruebas practicadas y con las alegaciones y manifestaciones de las partes; y asimismo con base en la prueba testifical, cuyo resultado puede resumirse del siguiente modo:

-El testigo señor Hernández ha manifestado:

-Que es trabajador con categoría de Manager en la empresa Grupo Nazábal.

-Que dicha empresa estudió la oferta del contrato de catering anunciada por el Ministerio de la Presidencia.

-Que el servicio prestado por Grupo Nazábal ha consistido en el traslado de alimentos (menús) que eran confeccionados en las cocinas que el propio Grupo Nazábal tiene en calle Dulce Chacón.

-Que tales alimentos nunca eran cocinados en el Complejo de la Moncloa, ni Grupo Nazábal usaba para nada las cocinas de dicho Complejo.

-Que los referidos alimentos eran llevados en vehículo o furgoneta del propio Grupo Nazábal a dependencias de la Moncloa.

-Que tales alimentos o menús eran consumidos por las personas destinadas en la Moncloa que lo deseaban, lo que se hacía en un comedor de dicho Complejo.

-Que Grupo Nazábal no servía los alimentos a los comensales, sino que tales alimentos les eran entregados y los comensales podían calentarlos en unos hornos de microondas allí existentes.

-Que Grupo Nazábal no limpiaba las instalaciones, limitándose a recoger el material, que generalmente eran platos y vasos de material desechable.

-Que el número de trabajadores empleados por Grupo Nazábal para realizar dicha actividad de catering ascendía a tres.

-El testigo Sr. Peláez ha indicado:

-Que el testigo es Oficial mayor del Ministerio de la Presidencia.

-Que la contrata mantenida con Dulcinea Nutrición fue resuelta por el Ministerio debido a las importantes deudas que esta empresa mantenía con la Seguridad Social.

-Que dicha contrata ha vuelto a convocarse a través del procedimiento de urgencia, habiendo quedado desierta.

-Que cuando se produjo la resolución de la contrata con Dulcinea Nutrición se intentó que cuando menos hubiera un servicio de catering externo, por lo que se ofertó dicho servicio de catering, que fue adjudicado a Grupo Nazábal.

-Que la actividad realizada por Grupo Nazábal es completamente distinta de la que hacía Dulcinea Nutrición, ya que Grupo Nazábal se limita a realizar un servicio de catering sólo para comidas a mediodía, sin cocinar alimentos en dependencias de Moncloa, ni utilizar las cocinas industriales allí existentes.

-Que lo único que se ha utilizado en relación con el servicio de catering es un horno de microondas, un refrigerador para enfriar bebidas, y un elemento de la barra para calentar alimentos al “baño maría”.

-Que en el momento actual el servicio de catering ha sido suspendido debido a la pandemia.

Por lo que se refiere a los trabajadores afectados por el despido colectivo y sus condiciones laborales, hemos dado por reproducidas las relaciones aportadas por la parte actora que obran a folios 583 y 584, y 850; debiendo no obstante indicarse que tales relaciones no expresan con suficiente rigor la situación de los trabajadores al tiempo de cesar la actividad empresarial, ni sus concretas condiciones laborales, siendo incluso que en lo relativo al salario se hace referencia a cantidades líquidas (y no íntegras). Por todo ello, en caso necesario estos extremos deberán ser objeto de ulterior determinación.

SEGUNDO.- No se han planteado por las demandadas verdaderas excepciones de índole procesal, entendiéndose por tales las recogidas en el art. 416 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil (falta de capacidad de los litigantes o de representación en sus diversas clases; cosa juzgada o litispendencia; falta del debido litisconsorcio; inadecuación del procedimiento; o defecto legal en el modo de proponer la demanda por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca).

La alegación efectuada por el Ministerio de la Presidencia y asimismo por Grupo Nazábal Restauración S. L. sobre “falta de legitimación pasiva” supone una aducción u oposición no de carácter formal o procesal, sino atinente a la materia sustantiva, material o de fondo, que es la existencia o no de sucesión empresarial y consiguiente responsabilidad laboral, o no, de las codemandadas.

Así pues, las cuestiones en que se funda esa supuesta “falta de legitimación pasiva” se abordarán al estudiar el fondo del asunto, al que de manera palmaria reconducen.

TERCERO.- La parte actora considera que lo ocurrido a partir del día 10 diciembre 2019 constituyó un despido colectivo tácito o realizado por vías de hecho, el cual debe ser considerado nulo o subsidiariamente improcedente.

Tal como se ha señalado en los hechos declarados probados, el 10 diciembre 2019 los trabajadores que venían realizando su actividad en las dependencias de cocina, comedor, offices y cafeterías del Complejo de la Moncloa no pudieron acceder a sus puestos de trabajo, debido a que dichas instalaciones en que prestaban servicios se encontraban cerradas. Y el día siguiente (11 diciembre 2019) se dictó resolución por el Ministerio de la Presidencia acordando resolver el contrato de “Servicio de restaurante y bar cafetería, así como atención y limpieza de estas dependencias y offices en el Complejo de la Moncloa”, procediéndose al cierre de dichas instalaciones (folios 719 a 723).

Hemos de entender que, como sostiene la parte actora, nos hallamos ante una situación calificable de despido colectivo tácito, pues el cese de actividad ha afectado a la totalidad de la plantilla destinada en el centro de trabajo “restaurante, bar-cafetería, comedor, cafeterías y offices del Complejo de la Moncloa”, de modo que nos encontramos ante el supuesto previsto en el art. 51-1 del Estatuto de los Trabajadores (*“se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco”*), a pesar de lo cual no se ha seguido por la empleadora la tramitación establecida en dicho art. 51 del Estatuto de los Trabajadores para el despido colectivo.

La mención que dicho precepto legal hace a la plantilla “de la empresa” debe entenderse referida al “centro de trabajo”, conforme tiene establecido con suma reiteración la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, sentencia de 17 octubre 2016 -rec 36/2016- siguiendo lo establecido por el art. 1-1º de la Directiva 98/59 y las sentencias del TJUE de 30 de abril de 2015 y 13 de mayo de 2015).

Tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 25 noviembre 2013 (Recurso 52/2013), *“el despido puede ser materialmente colectivo, aunque no se manifieste con este carácter en la forma prevista en los números 2 y 4 del art. 51 del ET . Éste sería el caso del despido colectivo tácito, en el que se produce el cierre de la empresa sin ninguna declaración extintiva y también tiene esta condición el despido colectivo de hecho cuando se produce mediante decisiones extintivas individuales, pese a sobrepasar los umbrales del art. 51.1.1º del Estatuto de los Trabajadores”*.

La consecuencia de la declaración de nulidad del despido colectivo, que ha de efectuarse conforme al art. 124-11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (*“La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista”*), es el reconocimiento del derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de dicha Ley.

CUARTO.- Debe examinarse seguidamente si, a efectos del referido despido colectivo tácito, la empleadora de los actores ha de ser considerada Dulcinea Nutrición S. L. o bien deben tener tal consideración, de manera conjunta o no, las otras partes codemandadas (“Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad” -en adelante, Ministerio de la Presidencia- y Grupo Nazábal Restauración S.L.).

QUINTO.- Sobre la consideración de empleadora del Ministerio de la Presidencia (de quien depende el Complejo de la Moncloa), hemos de preguntarnos si es dable o no apreciar la concurrencia de sucesión empresarial.

La jurisprudencia es reiterada al apreciar sucesión empresarial en aquellos casos en que un Organismo administrativo recupera la facultad de uso de unas instalaciones en las que venía realizándose una actividad empresarial que en su día fue adjudicada o externalizada por dicho Organismo a una empresa privada; de modo que el Organismo administrativo viene obligado a subrogarse como empleador en las relaciones laborales de los trabajadores que prestaban servicios en dicha actividad (Así, reasunción por Ayuntamiento del servicio de comedor de escuelas infantiles -SsTS 26 marzo 2019 y 12 marzo 2020-, o reasunción por el Ministerio de Defensa del servicio de cocina y restauración -SsTS 10 octubre 2018 y 17 enero 2019-).

Es cierto que las resoluciones anteriormente mencionadas emplean las expresiones “recuperación”, “reasunción” o “rescate”, lo que en principio parece presuponer que en el pasado, y antes de proceder a su externalización, la actividad hubo sido desarrollada por el propio Organismo administrativo.

En el presente caso no consta acreditado (pues esta concreta cuestión no se ha suscitado por las partes) si en el pasado el Ministerio de la Presidencia ha gestionado alguna vez por sí mismo los servicios de cocina, comedor y cafeterías en el Complejo de la Moncloa.

Sin embargo, el hecho de que no conste que el Ministerio de la Presidencia haya gestionado directamente en el pasado tales servicios (de cocina, comedor y cafeterías en el Complejo de la Moncloa), no debe impedir apreciar la existencia de sucesión empresarial si se entiende que los referidos servicios son necesarios e integrados en la propia actividad realizada en dicho Complejo.

En este sentido, procede traer a colación lo señalado por sentencia de esta misma Sala y Sección de 4 diciembre 2012 (procedimiento por despido colectivo nº 52/2012), en que se contempló el caso de una actividad de restauración llevada a cabo en dependencias situadas en un Palacio de Congresos de Madrid a virtud de una adjudicación realizada por éste a una empresa. Según dicha sentencia, *“se trata, quiérase o no, de un supuesto ciertamente palmario de gestión indirecta de servicios mediante concesión administrativa de una actividad necesaria -quizá no esencial, pero, desde luego, tampoco accesoria- para la correcta celebración de eventos en un Palacio de Congresos de las características del que venimos examinando...”* Añade que, aun cuando al Palacio de Congresos (como también sucede en este caso respecto del Ministerio de la Presidencia) *“no le sea de aplicación directa tan repetido Acuerdo Laboral (del Sector de Hostelería), sí lo es, en cambio, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), siempre que concurren los requisitos determinantes de la reversión que la misma niega...”*

Cuanto queda dicho nos conduce a la necesidad de valorar si en el supuesto enjuiciado se dan cita, o no, los presupuestos constitutivos de la figura de la sucesión de empresa por rescate de la actividad como posibilidad incluida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) , y que, si bien se mira, es lo que regulan las normas convencionales antes mencionadas. En este sentido, recordar la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1.991 (RJ 1919, 1800), dictada en casación

ordinaria, que dice: "(...) se denuncia la inaplicación del artículo 44,1, del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1980, 607) , en relación con la doctrina legal contenida en las sentencias de 26 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3886) y 20 de julio de 1988 (RJ 1988, 6210) . Ahora llegamos al auténtico nudo de la cuestión: el de determinar cuál sea el alcance jurídico del acuerdo municipal de extinción del servicio y rescisión del contrato por el que se encomendaba su gestión a la empresa adjudicataria. La parte recurrente sostiene que el Ayuntamiento, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 44,1, del Estatuto de los Trabajadores, cuya inaplicación se denuncia, adquiere la condición de empresario con respecto a la única trabajadora adscrita en tal momento al servicio, subrogándose en los derechos y obligaciones laborales de la anterior empresa adjudicataria, en este caso las cuatro personas físicas integrantes del llamado equipo profesional. El Magistrado entiende, por el contrario, que tal precepto no es de aplicación en el caso que se contempla. Y ello, tal como se razona en el cuarto de los fundamentos de derecho, porque el servicio de atención a la mujer que en su día creó el propio Ayuntamiento y que ahora ha decidido extinguir no vuelve a ser asumido por éste, produciéndose una simple y total desaparición del soporte material, económico y humano mediante el que se prestaba una función de auxilio y atención a las mujeres afectadas, sin que ni en el programa de creación del Centro Municipal ni en los convenios suscritos con los sucesivos prestatarios del servicio figure cláusula o apartado alguno que previniendo la desaparición del Centro y la rescisión de la contrata, obligue al Ayuntamiento a hacerse cargo directamente de la gestión del servicio". Como se ve, supuesto muy similar al que nos ocupa.

La misma añade luego que: "(...) Entiende el magistrado, en definitiva, que no existe en este caso sucesión empresarial, al no haberse transmitido tampoco el cometido empresarial, que ha expirado por decisión de la Corporación Municipal. Pues bien, este último criterio, no puede ser aceptado por la Sala. Lo decisivo, para que exista subrogación, no puede estar en que el titular continúe el servicio o actividad objeto de concesión administrativa, cosa que puede depender únicamente de su voluntad, sino en que tenga la posibilidad de hacerlo. Aquello supondría abrir una ancha puerta al fraude, al permitir a quienes utilizan esta forma de gestión indirecta de servicios el poder desprenderse en cualquier momento de la plantilla sin costo alguno, recuperando los bienes que constituyen el substratum objetivo de la empresa. Iria por ello contra el fin perseguido por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), que estriba en garantizar la estabilidad en el empleo y asegurar de este modo los derechos de los trabajadores. Ya quedó establecido, como consecuencia de la estimación del primero de los motivos, que el Ayuntamiento había puesto a disposición de los adjudicatarios de la contrata los locales necesarios, debidamente equipados, obligándose también a abonarles determinadas cantidades anuales, lo que significa que lo transmitido era un conjunto organizado de bienes susceptibles de ser inmediatamente explotados para la prestación del servicio. Pero, si esto es así, si el Ayuntamiento tenía la posibilidad de continuar la prestación del servicio de que se trata, al recuperar toda su infraestructura física, la decisión unilateral de no continuar prestándolo (...), de ningún modo puede afectar a los derechos laborales de la actora. Y esta es también, en efecto, la doctrina que se contiene en las sentencias que se invocan. Así, la de 26 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3886) afirma paladinamente que 'no puede enervar el mecanismo de la sucesión de empresas la no continuidad de la actividad o cierre, ya que si así se estableciera se podría llegar a que, sin trámite legal alguno, pudiese, quien se valiese de tal figura jurídica, desprenderse de la plantilla y recuperar los bienes que constituyeran el sustrato básico de la empresa' y añade que 'asi no se presenta admisible que se condicione la sucesión empresarial a la continuidad de los servicios o actividades que se revierten, pues ello podría entrañar posible camino para el fraude legal, al dejar pender el cumplimiento

del contrato de trabajo de la exclusiva voluntad de una de las partes contratantes" (los énfasis también son nuestros).

En sentido idéntico, las sentencias de la misma Sala del Alto Tribunal de 26 de mayo de 1.987 (RJ 1987, 3886) y 20 de julio de 1.988 (RJ 1988, 6210) . Sienta la primera que: "(...) 1) tanto la doctrina científica como la jurisprudencial, sentencias de 16 de Junio de 1983 (RJ 1983, 3018), 29 de Marzo (RJ 1985, 1454) y 11 de Diciembre de 1985 (RJ 1985, 6094) ;3 de Marzo de 1987, entre otras muchas, han interpretado el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), al igual que sus precedentes: artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de Enero de 1944 (RCL 1944, 274), y 18-2 de la de Relaciones Laborales de 8 de Abril de 1976 (RCL 1976, 766), relativos a la transmisión o sucesión de empresas, en el sentido de que aquellas circunstancias no pueden constituir causa obstaculizadora a la firme garantía de estabilidad del puesto de trabajo, puesto que la empresa mercantil como entidad que busca con aportaciones plurales, capital y trabajo o trabajos y capital una ganancia tiene en principio y salvo excepciones que por serlo confirman la regla, una vocación de duración indefinida, sin que le afecten, al menos decisivamente, los cambios de titularidades subjetivas, incluidas, por supuesto, los del empresario o empresarios, dato que en el Derecho del trabajo alcanza una cuota de efectividad importante, en cuanto ese cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productora autónoma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior; 2) en el caso de autos, si bien I. tenía contratado el servicio de comidas a S., aunque la actividad de aquélla no sea la de los servicios de esta naturaleza, no es menos cierto que aquélla puso a su disposición el menaje, utensilios, cocinas, mesas e instalaciones propias de tal finalidad haciéndose cargo ésta al concertar el contrato de los demandantes que habían venido prestando sus servicios en la actividad señalada para las distintas empresas que se habían venido sucediendo en el tiempo en el servicio de comedor, estipulándose en la cláusula sexta de dicho contrato que: 'Todo el personal que presta sus servicios en el comedor y cocina... en el caso de que I. solicite la rescisión del contrato, dicho personal será subrogado por el nuevo contratista con las categorías y antigüedades que tuvieren según el Convenio de Hostelería', (declaración fáctica ordinales 1º y 2º 3º) al decidir I. cerrar el comedor como los trabajadores demandantes se hallaban adscritos a dicho centro de trabajo prestando su actividad, al no darse la posibilidad de existencia de una nueva empresa en explotación de los servicios de tal comedor, que según lo pactado hubiera de subrogarse en las obligaciones de S., todo ese personal ha de pasar a depender de aquélla que originaba la situación jurídica por un acto producido en su propio interés, al deber de asumir las consecuencias derivadas del mismo; situación jurídica que cual acertadamente califica el Magistrado de instancia debe ser considerada como de reversión de titularidad y subsiguiente subrogación empresarial por vía de lo dispuesto en el precepto cuya aplicación indebida se denuncia, pues la rescisión del contrato de S., había de llevar consigo la devolución de lo que fue objeto del mismo (artículo 1295 en relación al 1561, ambos del Código Civil (LEG 1889, 27)), entre el que se incluía el personal que tenía el comedor desde hacía varios años, permitiendo su funcionamiento; no puede enervar el mecanismo de la sucesión de empresas la no continuidad de la actividad o cierre, ya que si así se estableciera se podría llegar a que, sin trámite legal alguno, pudiese, quien se valiese de tal figura jurídica, desprenderse de la plantilla y recuperar los bienes que constituyeran el sustrato básico de la empresa; y así no se presenta admisible que se condicione la sucesión empresarial a la continuidad de los servicios o actividades que revierten, pues ello podría entrañar posible camino para el fraude legal, al dejar pender el cumplimiento del contrato

de trabajo de la exclusiva voluntad de una de las partes contratantes" (los énfasis son nuestros).

Por el contrario, la sentencia de la misma Sala del Tribunal Supremo que también se adujo, ésta de 1 de diciembre de 1.999, recaída en función unificadora, nada tiene que ver con el caso actual, desde el mismo momento que se trataba entonces de la contratación de un simple servicio de comedor de empresa, que en un momento determinado la misma decidió dejar de prestar al personal a su servicio, lo que dista mucho del supuesto de autos, en que la actividad de congresos, exposiciones, convenciones, celebraciones, ferias y demás eventos organizados en el Palacio Municipal de Congresos de Madrid exigía para su éxito, al entender de la propia Madridec, que se prestara un servicio de restauración comprensivo de restaurante y cafetería permanentes, aparte del de catering, poniendo a disposición de la adjudicataria las instalaciones, elementos materiales y herramientas necesarios para su llevanza y exigiendo, como vimos, determinados estándares de calidad.

Estamos, en definitiva, ante la actividad de una sociedad mercantil de capital íntegramente municipal que enlaza con un servicio consustancial a la Corporación local titular de su capital social, consistente en propiciar y auspiciar la celebración de eventos de toda clase en esta capital con el consiguiente beneficio económico que, a todos los niveles, ello supone para la ciudad, y cuya gestión indirecta, a través de Madridec, sacó a concurso público adjudicado a Mónico Gourmet, S.L. en contrato de 22 de julio de 2.003, haciendo abstracción de que dicho servicio de restauración en las circunstancias en que se prestó se catalogue como esencial o, solamente, como necesario, condición ésta que, sin duda, concurre en un Palacio de Congresos de las características del examinado. Como proclama la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2.003 (RJ 2004, 4953), también unificadora: "(...) En este sentido la sentencia de 2 de junio de 2000 (RJ 2000, 6890), a cuya doctrina también se remite la ya citada de 30 de abril de 2001 (RJ 2001, 4613), señala que no deben confundirse las actividades permanentes con las actividades de prestación mínima obligatoria del artículo 26.1 de la Ley de Bases de Régimen Local (RCL 1985, 799 y 1372), pues las restantes actividades del municipio pueden ser también permanentes (...)".

Y obviamente, estamos ante una actividad permanente gestionada por una sociedad de capital íntegramente municipal que decide prestar parte del servicio encomendado mediante una empresa de restauración, a la que impone la obligación, por otra parte lógica teniendo en cuenta los eventos que se organizan en el Palacio de Congresos y el aforo de sus instalaciones, ciertamente multitudinario, de mantener abiertos con carácter estable de lunes a viernes, ambos días inclusive, amén de los sábados, domingos y festivos que coincidieran con algún acto, una cafetería y dos restaurantes (uno de ellos dirigido a personas consideradas "importantes"), lo que hizo que la concesionaria del servicio contase con 38 trabajadores dedicados plenamente al objeto de la contrata.

Supuesto semejante tuvo ocasión de abordar la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en su sentencia de 23 de abril de 2.010 (JUR 2010, 418803) (recurso nº 502/10), a cuyo tenor: "(...) En primer lugar, como cuestión previa, hemos de dejar bien claro que a pesar de que el demandante era trabajador de una empresa privada regida por un convenio colectivo sectorial propio distinto del que vincula al personal del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, nada impide que ésta Administración Pública quede sometida al convenio colectivo que el trabajador transmitido tenía en el momento de la transferencia, en aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) y en el artículo 3 párrafo 2º de la Directiva 77/187/CEE de 14 de febrero (LCEur

1977, 67), debiendo entenderse que tal situación habrá de durar hasta la fecha de extinción o de expiración del indicado convenio colectivo o de la entrada en vigor o de aplicación del nuevo convenio colectivo (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1998 (RJ 1999, 437))".

Poniendo de relieve, a continuación, que: "(...) Dicho lo anterior, vemos que una visión de conjunto de tales circunstancias ciertamente da legitimidad a la postura mantenida por la empresa recurrente, pues nos encontramos ante un caso de sucesión empresarial entre la empleadora saliente de la contrata, E., y la Administración que ha rescatado el servicio y está en condiciones materiales de seguirlo prestando (...). El hecho de que el Ayuntamiento cesara en la prestación del servicio contratado, al parecer temporalmente, alegando la futura sustitución del sistema de estacionamiento limitado y controlado en las vías públicas mediante expendedores de tickets por un sistema integral de aparcamientos basado en la combinación del sistema de rotación y el sistema de residentes y trabajadores, donde los no residentes puedan estacionar con una tarifa disuasoria, es equiparable a un cese voluntario en la actividad (definitivo o temporal) por decisión empresarial y si dicha Corporación consideraba que el servicio al que estaba adscrito el actor no tenía por qué seguir prestándose por causas objetivas (económicas, técnicas u organizativas) debería haber extinguido su relación laboral por causas objetivas o, al afectar a todos los trabajadores del servicio, debería haber instado la incoación del correspondiente expediente de regulación de empleo (ERE), ya fuera para la extinción ya para la suspensión de las relaciones laborales de los afectados, pero lo que no puede hacer es dejar de dar ocupación efectiva a los trabajadores sin más y considerar válidamente extinguida la relación laboral. En el presente caso la vigencia de la relación laboral del actor a la finalización de la contrata estaba fuera de toda duda pues el mismo estaba unido a la empresa E. por un contrato de trabajo indefinido y no por un contrato temporal para obra o servicio determinado vinculado a la duración de la contrata (...)"

En definitiva, si al expirar en 21 de julio de 2.012 la vigencia temporal, ya prorrogada, de la contrata para la prestación del servicio de restauración del Palacio Municipal de Congresos de Madrid (cafetería, restaurante y prestaciones complementarias), Madridec decidió por voluntad propia y de modo unilateral prescindir de las actividades permanentes que exigía dicho servicio, necesario, sin duda, para el correcto funcionamiento del Palacio de Congresos, para lo que clausuró la cafetería y los restaurantes, manteniendo sólo el de catering para cada uno de los eventos que de forma puntual pudieran celebrarse en el Palacio, a cuyo objeto emprendió un procedimiento de homologación de empresas de colectividades, mas, eso sí, conservando buena parte de las instalaciones, medios materiales y dotaciones necesarios para la prestación del catering, tal como se colige de lo declarado con una sinceridad que, ciertamente, le honra por la Directora del Palacio de Congresos, a lo que añade que estaba en sus manos haber continuado, si hubiese sido éste su deseo, las actividades permanentes de restauración representadas por el servicio la cafetería y restaurante y, sin embargo, no lo hizo, habiendo recibido, eso sí, todos los elementos materiales que la última contratista vino utilizando para su debida prestación, incluidos los pertenecientes a la primera adjudicataria -Mallorca Catering- y los que eran propios del Palacio, y habiendo revertido a su favor todas las obras de mejora, adaptación y acondicionamiento que hubo de ejecutar Mónico Gourmet, S.L. para estar en condiciones de dispensar adecuadamente el servicio contratado el 22 de julio de 2.003, es obvio que nos hallamos ante un supuesto de sucesión de empresa del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) por reversión de la actividad e instalaciones, de suerte que la única responsable de los efectos legales derivados de la nulidad del despido colectivo que

trajo consigo la terminación de la contrata en fecha 21 de julio de 2012, y sus efectos extintivos a partir del día siguiente sobre los contratos del personal dedicado a atender el servicio, siendo así, además, que el lunes 23 de julio de este año la Dirección del Palacio no permitió a la plantilla entrar en el que siempre había sido su centro de trabajo, debe ser necesariamente la codemandada Madrid Espacios y Congresos, S.A., acogiendo, en suma, la defensa material de falta de legitimación pasiva ad causam opuesta por Mónico Gourmet, S.L.

Por tanto, procede la declaración de nulidad del despido colectivo frente al que se alza la parte actora en los términos descritos con anterioridad”.

En el mismo sentido puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 10 octubre 2018 (Recurso 2767/2016), que contempló el supuesto de reversión del servicio de restauración colectiva contratado por el Ministerio de Defensa con una empresa.

Esta sentencia señala que "nos encontramos ante una actividad primeramente externalizada y después recuperada que no se basa exclusiva o fundamentalmente en la mano de obra. Antes al contrario, para prestar el servicio encomendado hacían falta -en realidad, eran absolutamente imprescindibles- unas instalaciones que tuvieran un equipamiento importante y un utillaje adecuado, sin los cuales era imposible la realización del servicio encomendado. Los frigoríficos, congeladores, las cocinas, los hornos, y los utensilios de una cocina industrial se revelan como elementos materiales de importancia capital para la realización de la actividad contratada, teniendo un valor que, en absoluto, puede considerarse ni desdeñable ni marginal en la actividad de que se trata. Concorre la existencia de una operación de reversión del servicio contratado y la entrega de los elementos patrimoniales que resultan inevitables para la continuidad de la actividad, lo que revela la transmisión de un conjunto de medios que conforman una determinada actividad económica que mantiene su identidad tras la reasunción del servicio por parte del Ministerio de Defensa. La concurrencia de esos elementos determina que estemos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 y del art. 44 ET; sin que, por otra parte, resulte de aplicación el artículo 301.4 TRLCSP que se refiere a supuestos distintos -que se caracterizan, precisamente, por la ausencia de una transmisión empresarial- de los aquí contemplados en los que, como se avanzó, existe una sucesión de empresa en los términos que establece tanto la Directiva como el art. 44 ET".

Es notable que en el supuesto examinado en esta última sentencia del Tribunal Supremo la actividad de restauración pasó a ser desempeñada por el propio Ministerio de Defensa. Sin embargo, dicha sentencia del Tribunal Supremo no considera decisivo este último extremo, sino que lo determinante es que el Ministerio recuperó los elementos patrimoniales necesarios para continuar la actividad.

Entendemos que éste es el criterio que debe seguirse en el presente caso, máxime cuando el servicio que en su día fue objeto de externalización viene a ser necesario para el adecuado desempeño de su actividad por el Organismo a que revierte el servicio.

Aun siendo cierto que la actividad sustancial del Ministerio de la Presidencia no es realizar tareas de restauración, la cuestión no es tanto ésta como si el propio Ministerio, a la hora de establecer este servicio (de cocina, comedor y cafeterías, así como atención y limpieza de tales instalaciones), lo ha considerado necesario para el correcto e idóneo desenvolvimiento de la actividad realizada en el Complejo de la Moncloa.

La respuesta a esta cuestión ha de ser afirmativa, tratándose de una infraestructura necesaria para realizar la actividad llevada a cabo en dicho Complejo según ha considerado el propio Ministerio titular del mismo, y ello por las siguientes razones:

A) La adjudicación en su día realizada a Dulcinea Nutrición S. L. no fue una concesión administrativa para que dicha empresa, pagando un canon a la Administración, pudiera explotar las dependencias de cocina, comedor y cafeterías.

Es decir: no era Dulcinea Nutrición S. L. quien abonaba un canon a la Administración por explotar dichas instalaciones, sino que -antes al contrario- fue la Administración quien abonó una importante cantidad (1.927.200 euros -folios 587 y 588-) a Dulcinea Nutrición S. L. por prestar el servicio de “restaurante y bar-cafetería en comedor-autoservicio y cafeterías del Ministerio de la Presidencia y atención y limpieza de dichas dependencias y offices en el Complejo de la Moncloa”.

B) La lectura de los pliegos que rigieron la adjudicación pone de manifiesto la muy intensa implicación, injerencia y requerimientos del Ministerio de la Presidencia en las condiciones en que el servicio debía ser prestado. Así:

- se exigía que el servicio se prestase en tres edificios del Complejo (folio 705),
- se establecían los horarios durante los cuales debía prestarse el servicio (folio 705),
- se regulaban con gran minucia los menús -ordinario, reducido, simple, de régimen y comida para llevar- (folio 705-vuelto),
- se detallaba incluso la composición de los menús (folio 706),
- en el servicio de bar-cafetería se obligaba a la empresa adjudicataria a ofrecer desayunos ordinarios, platos combinados y otros artículos (folios 706 y 707),
- se establecía la obligación de servir “comidas de protocolo” (encargadas con antelación) en los locales del Complejo determinados por la Administración (folio 707),
- se obligaba a mantener cupones/vales con descuento de 20 comidas o de 10 comidas (folio 707-vuelto),
- se obligaba a la empresa a realizar actividad incluso fuera de los horarios establecidos en caso de “ruedas de prensa o actos así lo requieran” (folio 705).

C) La actividad llevada a cabo por Dulcinea Nutrición S.L. no se limitaba a la “explotación” (en realidad esta palabra no se empleó en ningún momento en los pliegos que rigieron la adjudicación) del comedor y las cafeterías, sino que además venía obligada a la “atención y limpieza” de las dependencias utilizadas.

Incluso se establecía la obligación de la empresa adjudicataria de “realizar las camas en los edificios siguientes...” (un total de 12 camas) -folio 710-, y asimismo se preveía que la empresa vendría obligada “a realizar las prestaciones de limpieza de offices derivadas de

la celebración de comidas y cenas oficiales en dependencias de la Unidad de Servicio de Palacio y Consejo de Ministros” (folio 712).

D) Las facultades de dirección, inspección, supervisión y control del Ministerio de la Presidencia sobre las actividades llevadas a cabo por la empresa adjudicataria son patentes en todo el clausulado de los pliegos, siendo llamativo que incluso el Ministerio se reservaba la facultad de modificar los horarios y reasignar los efectivos -es decir, los trabajadores de la empresa adjudicataria- (folio 711).

E) El reconocimiento por parte del Ministerio de la Presidencia del carácter necesario de la actividad de cocina, comedor y cafeterías que fue adjudicada en su día a Dulcinea Nutrición S. L. es manifiesto cuando la propia Administración, en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de catering (que como “solución de emergencia” se licitó tras la resolución del contrato con Dulcinea Nutrición S.L.), señaló que *“El cese de estos servicios (de cocina, comedor y cafeterías) afecta muy negativamente al elevado número de personas que trabaja en este Complejo, ya que éste se encuentra distante de zonas comerciales que puedan satisfacer las necesidades básicas de que se trata y a las que acudir como vía alternativa ante la coyuntura expresada... La disparidad de turnos y horarios que coexisten en este ámbito no vienen sino a justificar en mayor medida la necesidad de los servicios citados”* [Nos permitimos resaltar esta última expresión: “LA NECESIDAD DE LOS SERVICIOS CITADOS”] (folio 735-vuelto).

F) Por lo demás, es evidente que el Ministerio de la Presidencia, tras la resolución del contrato de “Servicio de restaurante y bar cafetería, así como atención y limpieza de estas dependencias y offices... en el Complejo de la Moncloa” producida el 11 diciembre 2019, ha pasado a tener a su plena disposición unas dependencias o instalaciones cuyo uso había sido cedido a Dulcinea Nutrición S. L. para la realización de la actividad que se le adjudicó, siendo que tales dependencias o instalaciones son perfectamente útiles y disponibles por sí mismas para el desempeño de la actividad que venía realizando Dulcinea Nutrición S. L.

G) Los elementos que fueron aportados por la empresa adjudicataria (menaje, vajillas y cristalería) son de una relevancia escasísima y un valor económico insignificante en comparación con las instalaciones y medios materiales puestos por el Ministerio de la Presidencia (cocina, cafeterías, comedor, dependencias auxiliares, mobiliario, equipamiento, instalaciones, enseres como lavavajillas industriales, campanas extractoras, equipo de hilo musical, hornos, tostadoras, peladoras, amasadoras, cortadoras, freidoras, trenes de lavado, estanterías, planchas de cocina, botelleros, cámaras frigoríficas, fregaderos, etc).

H) Finalmente, el hecho de que el Ministerio de la Presidencia no pretenda continuar la actividad (de “restaurante y bar-cafetería en comedor-autoservicio y cafeterías del Ministerio de la Presidencia y atención y limpieza de dichas dependencias y offices en el Complejo de la Moncloa”) por sí mismo, sino que ha procedido a ofertarlo y licitarlo nuevamente (la cual licitación ha quedado desierta, volviéndose nuevamente a ofertar), no excluye el deber del Ministerio de la Presidencia de subrogarse en las relaciones laborales de los trabajadores que realizaban dicha actividad; sin perjuicio de que, en caso de adjudicarse finalmente el servicio a otra empresa, ésta deba proceder a la subrogación a partir de la fecha en que se haga cargo del servicio.

En definitiva, debe apreciarse la concurrencia de sucesión empresarial ex art. 44 del Estatuto de los Trabajadores entre Dulcinea Nutrición S. L. y el Ministerio de la Presidencia, de modo que este último debió subrogarse en las relaciones laborales de los trabajadores que prestaban servicios en la actividad en su día adjudicada.

Y al no haberlo hecho así, debe condenarse al Ministerio de la Presidencia a soportar las consecuencias jurídicas del despido colectivo nulo que se declara.

SSEXTO.- La apreciación de sucesión empresarial ha de llevar a considerar que a partir de 11 diciembre 2019 (en que se dictó resolución por el Ministerio de la Presidencia acordando resolver el contrato de “Servicio de restaurante y bar cafetería, así como atención y limpieza de estas dependencias y offices en el Complejo de la Moncloa”) el Ministerio de la Presidencia debió asumir la condición de empleador de los trabajadores, perdiendo tal condición desde ese momento Dulcinea Nutrición S.L., por lo que, en relación con el concreto despido colectivo aquí examinado, procede absolver a Dulcinea Nutrición S.L.

SSEXTIMO.- En relación con la codemandada Grupo Nazábal Restauración S. L., no cabe apreciar la concurrencia de sucesión empresarial ex artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, y ello por cuanto que no ha existido transmisión alguna de medios materiales entre Dulcinea Nutrición S. L. (ni entre el Ministerio de la Presidencia) y Grupo Nazábal Restauración S. L.

Grupo Nazábal Restauración S. L. se ha limitado a realizar una actividad de catering consistente en trasladar alimentos (menús) confeccionados en la cocina que dicha empresa tiene en sus propias dependencias (nunca en el Complejo de la Moncloa), siendo que tales alimentos eran llevados en un vehículo o furgoneta de esta empresa a dependencias de la Moncloa, para ser allí consumidos por el personal que lo deseaba.

Grupo Nazábal Restauración S. L. no servía los alimentos a los comensales, sino que tales alimentos les eran entregados y los comensales podían calentarlos en un horno de microondas allí existente. También podían usar un refrigerador para enfriar las bebidas y un elemento de la barra para calentar alimentos al “baño maría”.

Grupo Nazábal Restauración S. L. no limpiaba el lugar donde se consumían los menús, limitándose a recoger y retirar el material, que generalmente eran platos y vasos de material desechable.

Grupo Nazábal Restauración S. L. no ha utilizado (no ha “poseído”) las dependencias o instalaciones que venía usando Dulcinea Nutrición S. L.

El hecho de que los comensales se sentaran en unas mesas del comedor para consumir los alimentos, no puede asimilarse en modo alguno a un uso efectivo de tales dependencias por parte de Grupo Nazábal Restauración S. L.

Grupo Nazábal Restauración S. L. no ha pasado a utilizar los medios materiales propiedad del Ministerio de la Presidencia (cocina, cafeterías, comedor, dependencias auxiliares, mobiliario, equipamiento, instalaciones, enseres como lavavajillas industriales,

campanas extractoras, equipo de hilo musical, hornos, tostadoras, peladoras, amasadoras, cortadoras, freidoras, trenes de lavado, estanterías, planchas de cocina, botelleros, cámaras frigoríficas, fregaderos, etc) que sí vino usando Dulcinea Nutrición S. L.

Grupo Nazábal Restauración S. L. tampoco ha pasado a usar los (poco relevantes) medios materiales (menaje, vajillas y cristalería) que en su momento aportó Dulcinea Nutrición S.L.

La actividad realizada por Grupo Nazábal Restauración S. L. (consistente en un servicio de catering) es radicalmente distinta de la que venía desarrollando Dulcinea Nutrición S. L. (servicio de restaurante y bar cafetería, así como atención y limpieza de estas dependencias y offices).

Por lo demás, Grupo Nazábal Restauración S. L. no ha incorporado a su plantilla a ningún trabajador de Dulcinea Nutrición S. L. De hecho, los trabajadores adscritos al servicio de catering prestado por Grupo Nazábal Restauración S. L. son solamente tres (en elocuente contraste con el importante número de trabajadores de Dulcinea Nutrición S.L. empleados en el servicio).

En cuanto a la aplicabilidad del “Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería” (publicado en el BOE de 21 mayo 2015 y cuya vigencia en la actualidad no ha sido controvertida por las partes), su Capítulo XII regula la llamada “Subrogación convencional en el subsector de colectividades o restauración social. Garantías por cambio de empresario”, disponiendo (art. 59) que *“Se entiende por servicio de colectividades o restauración social, aquel que realizado por una empresa interpuesta entre la empresa principal (cliente) y el comensal, presta un servicio hostelero y procede a elaborar y transformar los alimentos mediante un sistema y organización propios, en las instalaciones del mismo «cliente» o en las suyas propias, sirviendo siempre con posterioridad, dichos alimentos en los espacios habilitados al efecto por los clientes y percibiendo por ello una contraprestación. Asimismo se incluyen dentro del ámbito de aplicación de este capítulo los servicios hosteleros prestados en virtud de concesiones administrativas por las empresas pertenecientes al subsector de colectividades o restauración social, por ejemplo en centros de enseñanza, hospitales y aeropuertos, entre otros”*.

Conforme a este precepto, el régimen de “colectividades” resulta en principio aplicable también a las empresas de catering.

Se establece asimismo que *“serán trabajadores y trabajadoras afectados por la subrogación, aquellos que estaban adscritos para desempeñar su tarea laboral en la empresa, centro de actividad o parte del mismo objeto de la transmisión”*.

Se incluye expresamente el supuesto de “Sucesión de contratas, concesión de la explotación de servicios y concesiones administrativas”, estableciendo que *“en los supuestos de sucesión por concesiones administrativas operará el presente capítulo con independencia de lo contemplado en el pliego de condiciones”*.

Al regular en el artículo 61 la “Adscripción del personal” dispone que quedarán adscritos a la empresa cesionaria que vaya a realizar el servicio los trabajadores en activo que presten sus servicios en dicho centro de actividad con una antigüedad mínima de los

cuatro últimos meses en el mismo, sea cual fuere la naturaleza o modalidad de su contrato de trabajo.

Pues bien: del referido régimen jurídico se desprende que, para que proceda la subrogación, es preciso que exista una nueva adjudicación o contrata en virtud de la cual la nueva adjudicataria venga a realizar su actividad en las mismas dependencias o instalaciones usadas por la anterior adjudicataria, de modo que pueda predicarse la existencia de una identidad o continuidad sustancial en la misma actividad de restauración llevada a cabo.

En el presente caso esa continuidad sustancial no resulta apreciable, pues la actividad que realizaba Dulcinea Nutrición S. L. no es en absoluto equiparable a la realizada por Grupo Nazábal Restauración S. L. Las diferencias son claras y manifiestas. Y así:

A) Mientras que Dulcinea Nutrición S.L. realizaba su actividad utilizando la cocina industrial existente en el Complejo de la Moncloa así como el comedor y tres cafeterías situadas en sendos edificios, Grupo Nazábal Restauración S. L. no ha hecho uso (ni estaba autorizado a usar) de tales dependencias. Ya hemos señalado que el dato de que los comensales se sentasen en unas mesas del comedor para consumir los alimentos transportados por Grupo Nazábal no puede equipararse a un uso amplio e incondicionado de todas esas instalaciones (como el que hacía Dulcinea Nutrición).

B) Mientras que Dulcinea Nutrición S.L. venía obligada a prestar servicios en los horarios que se indicaban (desde las 7,00 horas de la mañana hasta incluso la noche en caso de exigírsele por celebrarse ruedas de prensa u otra clase de actos -folio 705-), Grupo Nazábal se limitaba a realizar un servicio de catering para la comida o almuerzo del mediodía.

C) En general, la actividad de restauración utilizando la cocina, restaurante, comedor y cafetería (esto es, unas instalaciones específicamente destinadas para atender en ellas a los clientes o comensales) es radicalmente distinta de la actividad de catering (en que los alimentos son llevados a dependencias ajenas a la empresa de restauración, para su consumo donde los comensales deseen). Es cierto que el referido Acuerdo Laboral considera que puede existir obligación de subrogar trabajadores cuando una contrata de catering sea adjudicada a otra empresa, pero entendemos que en todo caso ha de existir una homogeneidad sustancial en el servicio o explotación que se adjudica. Y aquí no estamos ante una nueva adjudicación de una contrata de catering, sino ante una adjudicación “ex novo”, porque anteriormente no hubo ninguna contrata de catering, sino una contrata de servicios de muy diferente naturaleza.

D) La distinta índole de la actividad se muestra también en el diferente precio de adjudicación de una y otra contrata (1.927.200 euros la contrata que fue adjudicada a Dulcinea Nutrición, y 34.966,14 euros la contrata adjudicada a Grupo Nazábal).

En consecuencia, al no apreciarse sucesión empresarial, ni tampoco obligación subrogatoria convencional, en relación con Grupo Nazábal Restauración S. L., procede absolver de responsabilidad a esta empresa.

OCTAVO.- Por lo que se refiere al Fondo de Garantía Salarial, su llamada a los presentes autos se ha realizado a los efectos establecidos en el artículo 23-2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (*“En supuestos de empresas incursas en procedimientos concursales..., el secretario judicial citará como parte al Fondo de*

Garantía Salarial, dándole traslado de la demanda a fin de que éste pueda asumir sus obligaciones legales e instar lo que convenga en Derecho”), dada la situación concursal en que actualmente se encuentra la empresa Dulcinea Nutrición S. L., por lo que en la presente sentencia no procede efectuar pronunciamiento alguno en relación con dicho Organismo.

NOVENO.- No ha lugar a efectuar pronunciamiento alguno en materia de costas, habida cuenta de que esta Sala conoce del presente despido colectivo en primer grado jurisdiccional, y no en vía de recurso, siendo por otro lado que no existe razón justificada alguna para apreciar temeridad en la actuación procesal de ninguna de las partes.

DÉCIMO.- Frente a esta sentencia podrá interponerse recurso de casación para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo conforme al art. 206-1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, a preparar en el plazo y forma a que se refieren los arts. 208 y siguientes de dicha Ley, lo que se hará saber a las partes.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

FALLAMOS

Que, estimando en la forma que se dirá la demanda formulada por Federación de Servicios de Comisiones Obreras frente a Dulcinea Nutrición S. L., Administración concursal de dicha entidad Dulcinea Nutrición S.L., “Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad”, Grupo Nazábal Restauración S. L., y Fondo de Garantía Salarial, sobre impugnación de despido colectivo, DECLARAMOS que el cese en fecha 11 de diciembre de 2019 de los trabajadores que venían realizando su actividad laboral en el “Servicio de restaurante y bar-cafetería en comedor-autoservicio y cafeterías del Ministerio de la Presidencia y atención y limpieza de dichas dependencias y offices en el Complejo de la Moncloa”, así como la negativa a subrogarse en sus contratos de trabajo por parte del “Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad”, constituye un DESPIDO COLECTIVO que declaramos NULO.

CONDENAMOS al “Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad” a estar y pasar por tal pronunciamiento, con los efectos inherentes, incluido el abono a los trabajadores afectados por el despido colectivo de los salarios dejados de percibir; y reconociéndose el derecho de dichos trabajadores a la inmediata reincorporación en sus puestos de trabajo.

Se absuelve de responsabilidad, en relación con la concreta pretensión deducida en las presentes actuaciones por despido colectivo, a Dulcinea Nutrición S. L., Administración concursal de dicha entidad, y Grupo Nazábal Restauración S. L.

Respecto del Fondo de Garantía Salarial no ha lugar a emitir pronunciamiento alguno, al haber sido llamado a los presentes autos en aplicación del art. 23-2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Sin imposición de costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer RECURSO DE CASACIÓN, que se preparará mediante escrito ante esta Sala dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, de acuerdo con lo prevenido en los artículos 208, 229 y 230 de la LRJS, asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS, y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 n° demanda que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en Paseo del General Martínez Campos 35, de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2826000000144019.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose su original al correspondiente Libro de Sentencias.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34093810

NIG: 28.079.00.4-2019/0066404

Procedimiento Despidos colectivos 1440/2019 Secc. 1

Materia: Despido Colectivo

DEMANDANTE: FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS

DEMANDADO: MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD y otros 3

PUBLICACIÓN. - Leída y publicada ha sido la Sentencia, por el Sr. Magistrado-Ponente que la firma, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.

En Madrid, a 27 de julio de 2020

LA LETRADA DE LA ADMÓN. DE JUSTICIA



Mensaje LexNET - Notificación

Mensaje

IdLexNet	202010347381145
Asunto	Sentencia estimatoria. (F. Resolución 27/07/2020)
Remitente	<p>Órgano T.S.J.MADRID SOCIAL_SECCIÓN N.1 de Madrid, Madrid [2807934001]</p> <p>Tipo de órgano T.S.J. SALA DE LO SOCIAL</p> <p>Oficina de registro OF. REGISTRO Y REPARTO TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA SOCIAL [28079000003]</p> <p>Destinatarios VALLEJO MARTIN, CRISTINA [5203] Graduados Sociales LOPEZ FERNANDEZ, ALBERTO [76593] Graduados Sociales Madrid Colegio de Abogados Ilustre Colegio de Abogados de Madrid MUÑOZ DE LA ESPADA PALOMINO, RAFAEL [60898] Colegio de Abogados Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 27/07/2020 14:50:44</p>
Fecha-hora envío	27/07/2020 14:50:44
Documentos	<p>5758840_2020_I_271232894.RTF (Principal)</p> <p>Hash del Documento: 5c1fb5bdc5d2ae02611b3aa965e9a863f48d74160923b78c81ddd7504de95f98e</p> <p>5758840_2020_E_40920156.ZIP (Anexo)</p> <p>Hash del Documento: 078d241c75c50af042bc339f410415807393ea629b35e462c0979f7759ec151</p>
Datos del mensaje	<p>Procedimiento destino Sentencia estimatoria. (F. Resolución 27/07/2020) Nº 0001440/2019</p> <p>Detalle de acontecimiento Sentencia estimatoria. (F. Resolución 27/07/2020) DEMANDA DESPIDO COLECTIVO</p> <p>NIG 2807900420190066404</p>

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
28/07/2020 10:47:21	VALLEJO MARTIN, CRISTINA [5203]-Graduados Sociales Madrid	FIRMA Y ENVÍA EL RECIBI	

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID - SECCIÓN Nº 01 DE LO SOCIAL

C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Tfno: 914931977

NIG: 28.079.00.4-2019/0066404

Procedimiento: Despidos colectivos 1440/2019

Notificación telemática de la resolución 270761836_Sentencia estimatoria. de fecha null y 2 adjunto/s a esta notificación dentro del archivo comprimido 270761836_Sentencia estimatoria..zip que se anexa.

En Madrid, a veintisiete de julio de dos mil veinte .