



Roj: **STS 683/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:683**

Id Cendoj: **28079140012020100117**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/02/2020**

Nº de Recurso: **594/2017**

Nº de Resolución: **118/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 594/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 118/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D.^a. Concepción Rosario Ureste García

En Madrid, a 10 de febrero de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por DIRECCION004 . representado y asistido por el letrado D. Gonzalo Álvarez Gil contra la sentencia dictada el 13 de diciembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias, sede en Santa Cruz de Tenerife, en recurso de suplicación nº 398/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Santa Cruz de Tenerife, en autos nº 571/2015, seguidos a instancias de D.^a. Brigida contra DIRECCION001 ., DIRECCION004 ., Ayuntamiento de DIRECCION000 y Fogasa sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido D.^a. Brigida representada y asistida por la letrada D.^a. Arantxa Figueroa Cruz.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de diciembre de 2015, el Juzgado de lo Social nº 7 de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que, DEBO ESTIMAR y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por Dña. Brigida frente a DIRECCION001 ., DIRECCION004 ., AYUNTAMIENTO DE DIRECCION000 y el FOGASA y, en consecuencia,

PRIMERO.- Declaro NULO el despido de doña Brigida llevado a cabo por DIRECCION001 . con efectos de 31 de julio de 2015.



SEGUNDO.- Condeno a DIRECCION001 ., a readmitir a la actora y a abonarle una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir, y descontando la cantidad percibida por ésta en concepto de prestación de Incapacidad Temporal, así como cualesquiera otras que haya podido percibir al haber trabajado para otras empresas o por prestaciones de desempleo, sin perjuicio, en este último caso, de la obligación empresarial de reintegrarlas al Servicio Público de Empleo Estatal en la cuantía diaria de 33,40€ desde la fecha del despido hasta la de su readmisión. Todos ellos sin perjuicio de la responsabilidad legal del FOGASA.

TERCERO.- Absuelvo a DIRECCION004 . y al AYUNTAMIENTO DE DIRECCION000 , de todos los pedimentos deducidos en su contra."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- Dña. Brigida prestó servicios para DIRECCION001 . desde el 6 de septiembre de 2012, en virtud de contrato de trabajo de duración indefinida, con la categoría profesional de educadora infantil y percibiendo un salario bruto mensual prorrateado de 1016,16 euros (folios 10 a 15). La actora no ostenta ni ha ostentado la representación de los trabajadores.

SEGUNDO.- En fecha 25 de mayo de 2015, la empresa demandada entrega a la trabajadora carta de despido objetivo, por causas económicas, con efectos de 9 de junio de 2015 en la que se hace constar los siguientes: "Como usted bien sabe y después de varias reuniones con todo el personal de esta empresa, el Ayuntamiento de DIRECCION000 para la cual esta empresa prestaba servicios de Escuela Infantil de DIRECCION002 , ha decidido por medio del Decreto 326/15 de fecha 25 de febrero de 2015, rescindir el contrato de servicios que tenía concertado con esta empresa y dado que era la uncia actividad a la que esta empresa se dedicaba y la causa por la que usted estaba contratada, y el encontrarnos con que el Ayuntamiento rescinde el contrato, no nos queda otra opción que efectuar su despido y el cierre de la empresa, por la inviabilidad de la actividad, tal y como se recoge en el Decreto. En cumplimiento de lo señalado en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores se pone a su disposición la indemnización de 20 días de salario por año de servicio en la empresa y que asciende, salvo error u omisión a 1919,53 euros. Dicha cantidad se pone a su disposición en este momento, en las oficinas de la empresa, a fin de que proceda a su retirada (...)" (folio17).

TERCERO.- La actora causó baja en la Seguridad Social en la prestación de servicios para DIRECCION001 . el 31 de julio de 2015. (folio 390)

CUARTO.- El 23 de agosto de 2012, DIRECCION001 . y el AYUNTAMIENTO DE LA VILLA DE DIRECCION000 , suscribieron un contrato de gestión de servicio público consistente en el servicio de educación infantil a la primera infancia en las escuelas infantiles municipales de DIRECCION003 y DIRECCION002 . Se establece un plazo de concesión de dos años. (folios 86 a 115).

QUINTO.- Por Decreto de la Alcaldía de 19 de junio de 2015, se acuerda lo siguiente:

"Primero.- determinar que la empresa DIRECCION001 . continúe con la gestión y explotación del servicio de educación a la primera infancia de la Escuela Infantil de DIRECCION002 hasta el 31 de julio de 2015 (...)

Segundo.- Fijar como fecha de inicio por parte del nuevo concesionario DIRECCION004 . de la prestación del servicio el 3 de agosto de 2015, de conformidad con el contrato adjudicado a su favor." (Folios 132 a 134)

SEXTO.- El 10 de junio de 2015, se suscribe contrato de gestión de servicio público consistente en el servicio de educación infantil a la primera infancia en las escuelas infantiles municipales de DIRECCION003 y DIRECCION002 , entre DIRECCION004 . y el AYUNTAMIENTO DE LA VILLA DE DIRECCION000 . No consta en el mismo obligación de subrogación del personal. (folios 147 a 153).

SÉPTIMO.- La actora inició situación de IT por contingencias comunes, el 17 de mayo de 2015, entregando los correspondientes partes de confirmación de la IT a DIRECCION001 . hasta el 12 de julio de 2015. (folios 276 a 284)

OCTAVO.- Consta en autos un parte médico del Servicio Canario de la Salud, de fecha 2 de junio de 2015, en el que se hace constar que la actora se encontraba en la 24 semana de embarazo. (folio 19)

NOVENO.- Dña. Flora causó baja en la Seguridad Social en la prestación de servicios para DIRECCION001 . el 31 de julio de 2015. El 3 de agosto de 2015 fue dada de alta por DIRECCION004 ., continuando en dicha situación en la actualidad.

DÉCIMO.- Se presentó el día 16 de junio de 2015 por parte de la actora papeleta de conciliación, teniendo lugar la comparecencia ante el S.E.M.A.C. el día 22 de julio de 2015 con resultado sin avenencia. (folio 28)"



TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de Doña Brigida formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias, dictó sentencia en fecha 13 de diciembre de 2016, en la que consta el siguiente fallo:

"Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por D./Dña. Brigida , contra Sentencia 000659/2015 de 22/12/15 dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Santa Cruz de Tenerife en los autos de 0000571/2015-00, sobre Despido, con revocación parcial de la sentencia de instancia en el sentido de condenar a DIRECCION004 así como responsable de la declaración de despido nulo de la demandante."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias, la representación letrada de DIRECCION004 . interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Granada, de fecha 2 de abril de 2017, rec. suplicación 374/2014 para el primer motivo del recurso; y con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha, de fecha 13 de julio de 2015, rec. suplicación 1165/2014 para el segundo motivo.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar procedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 16 de enero de 2020, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife de 13 de diciembre de 2016 (rec. 398/2016).

2.- La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Santa Cruz de Tenerife de 22 de diciembre de 2015 (autos 571/2015), estimó parcialmente la demanda de la actora y declaró nulo su despido condenando a la empresa DIRECCION001 , absolviendo a DIRECCION004 , y al Ayuntamiento de DIRECCION000 .

La sentencia ahora recurrida, estima parcialmente el recurso de la actora y, manteniendo la nulidad del despido, condena únicamente a DIRECCION004 .

2.- Consta que la actora prestaba servicios como educadora infantil en la escuela municipal de DIRECCION002 . El Ayuntamiento había suscrito un contrato de gestión con la empresa DIRECCION001 , finalizando el 31 de julio de 2015 (fecha en la que dicha empresa da de baja a la trabajadora) y posteriormente lo hace con DIRECCION004 , iniciando esta la actividad el 3 de agosto de 2015.

3.- En trámite de suplicación alegaba DIRECCION004 en su escrito de impugnación que, respecto de ella, la sentencia de instancia había estimado la excepción de modificación sustancial del contenido de la demanda, por lo que no constando ninguna alegación en el recurso al respecto, la misma habría devenido firme. Pero no se estima porque, razona la Sala, si bien la sentencia de instancia en su Fundamento Primero indica que estima la referida excepción, seguidamente analiza la falta de legitimación pasiva, que no se estima, y también la existencia de sucesión empresarial que alegaba la actora en su demanda, por lo que el Tribunal Superior lo rechaza.

Resolviendo el recurso de suplicación, en cuanto a la sucesión de empresa, tras referir doctrina sobre el particular, entiende el Tribunal Superior que en el caso se ha producido la transmisión de una unidad productiva autónoma que es la escuela municipal infantil DIRECCION002 , que mantiene su identidad como conjunto de medios organizados a tal fin; sin que conste en el relato de hechos probados que las diferentes contratistas aportaran instalaciones propias, sino que la nueva concesionaria continúa realizando la misma actividad de guardería o ludoteca, siendo los destinatarios los mismos menores de la localidad que cumplen los requisitos de entrada, por lo que existe transmisión de medios materiales y de clientela, sin que pueda considerarse que se trata de una actividad que descansa exclusivamente en la mano de obra, sino que exige unos medios materiales de considerable entidad para el desarrollo de la misma (locales e instalaciones adecuadas); ninguna relevancia tiene la solución de continuidad de dos días entre la finalización de una contrata y el inicio de la siguiente; y no encuentra reflejo en hechos probados la alegación de que la primera concesión era para dos escuelas y la segunda para una sola. Y apreciada la existencia de sucesión, entiende el Tribunal que la única empresa responsable del despido es la empresa entrante.



SEGUNDO.- 1.- Se formula recurso de casación para unificación de doctrina por la empresa entrante, única condenada en suplicación, y se articulan dos motivos de recurso para los que se aportan las correspondientes sentencias de contraste.

El recurso es impugnado por la demandante, que interesa su desestimación y confirmación de la sentencia recurrida.

El Ministerio Fiscal emitió informe, en el que interesa la estimación del primer motivo de recurso y la desestimación del segundo por falta de contradicción.

TERCERO.- Procede en primer lugar examinar si concurre el requisito de la contradicción (art. 219 LRJS) para la viabilidad del recurso:

1.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013) y 17/06/2014 (R. 2098/2013).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

2.- El primer motivo tiene por objeto determinar qué extremos ha de entenderse que se mantienen, dado que en suplicación no fue impugnado por la actora, la estimación hecha por la sentencia de instancia de la excepción de modificación sustancial de la demanda e indefensión respecto de la empresa ahora recurrente.

Se aporta como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 2 de abril de 2014 (R. 374/2014). En tal supuesto la sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda de reclamación de cantidad promovida por el actor contra varios codemandados, entre ellos el Consorcio de la Unidad Territorial de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico El Condado, a quien condena a que abone al actor la suma de 1.934,39 €, con absolución de los demás codemandados ante su falta de legitimación pasiva. La sentencia de suplicación desestima íntegramente el recurso del actor y confirma la resolución de instancia.

En el supuesto examinado en la sentencia referencial, el actor, trabajador del Consorcio, formuló demanda por reclamación de cantidad, interesando la condena solidaria de todos los demandados, por un importe total de 18.688'22 €, más el oportuno interés por mora, desglosado en tres conceptos. En lo que aquí interesa, la sentencia de instancia, acoge la excepción de falta de legitimación pasiva de los codemandados: Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía; Servicio Andaluz de Empleo; y FRAE Andalucía Emprende Fundación Pública Andaluza.

La Sala de suplicación al resolver el recurso del actor indica, en primer lugar, que con carácter previo a la respuesta de los motivos destinados a la censura jurídica debe precisar que no se ha efectuado motivo alguno con correcto amparo procesal para impugnar excepción estimada en la sentencia de instancia, de falta de legitimación pasiva de los codemandados antes indicados, por lo que dicho pronunciamiento deviene firme para el recurrente.

Ha de apreciarse la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita de contraste al concurrir las identidades procesales que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social:

En cuanto a los hechos, en ambos casos se trata de codemandados respecto de los que la sentencia de instancia ha estimado la excepción por ellos opuesta, excepción que determina el apartamiento de los mismos del proceso.

En ambos casos el demandante y recurrente en suplicación ataca el fondo del asunto, pero no articula un motivo destinado a impugnar la correspondiente excepción que ha sido estimada.



En cuanto a las pretensiones y fundamentos, en ambos casos se trata de hacer valer que la estimación de la excepción correspondiente en la instancia y su falta de impugnación en suplicación determina la eficacia de la misma, no pudiendo ser revisada.

Y, no obstante lo anterior, los fallos de las resoluciones son contrarios, pues la sentencia de contraste claramente indica que la falta de impugnación de la excepción impide resolver sobre la misma, mientras que la sentencia recurrida obvia dicha circunstancia entendiéndolo al efecto que es suficiente la fundamentación sobre el fondo del asunto que la sentencia de instancia lleva a cabo [fundamentación, sobre el fondo que será necesaria para determinar la condena o no de la otra empresa demandada].

A lo anterior no obsta que en un caso, la sentencia recurrida, la excepción acogida haya sido la de modificación sustancial de la demanda e indefensión, y en el otro, la sentencia de contraste, la de falta de legitimación pasiva, pues en ambos casos, en la sentencia recurrida por razones formales y en la de contraste por razones de fondo, el resultado del acogimiento de las correspondientes excepciones es que tales codemandados quedan excluidos de condena.

CUARTO.- 1.- Pasamos seguidamente a examinar el primer motivo de recurso, respecto al cual se acaba de apreciar la contradicción, pues la estimación del mismo, haría inviable el examen del segundo motivo que se plantea con carácter subsidiario.

La cuestión litigiosa se centra en determinar si la excepción procesal de modificación sustancial de la demanda, que conlleva la absolución de una de las empresas codemandadas, apreciada en la instancia y no combatida en suplicación, impide que la responsabilidad de la absuelta pueda ser objeto de debate en fase de recurso.

2.- Consta que en instancia la empresa DIRECCION004, alegó la existencia de una modificación sustancial de la demanda, "en tanto que en esta no se hace referencia alguna a dicha empresa". Y efectivamente, teniendo en cuenta que en el escrito de demanda únicamente se hace referencia a dicha mercantil al señalar e identificar a los codemandados, sin que -como refiere la sentencia de instancia- dicha demanda "tenga referencia alguna, ni tan siquiera en el suplico, a las pretensiones que deduce contra DIRECCION004". Ello, señala, ha producido indefensión a dicha empresa, que desconoce hasta el acto de juicio oral, las pretensiones de la actora, razón por la cual, estima la excepción procesal invocada, y la absuelve de todos los pedimentos deducidos en su contra.

Interpuesto recurso de suplicación por la demandante, no se formuló motivo alguno con correcto amparo procesal para impugnar la excepción alegada por la empresa ahora recurrente, que fue estimada en la sentencia de instancia, por lo que dicho pronunciamiento devino firme para el recurrente.

En consecuencia, no se estima ajustado a derecho el pronunciamiento de la sentencia recurrida en la que, como apunta el Ministerio Fiscal en su informe, la Sala de suplicación entró a resolver sobre la responsabilidad de una empresa que había sido absuelta en la instancia, sin que el recurrente combatiera la modificación sustancial de la demanda, que fue estimada en la instancia y en definitiva dio lugar a dicha absolución.

Procede por ello la estimación del primer motivo de recurso, que a su vez, hace inviable de plano, el examen del segundo, planteado como subsidiario del anterior.

QUINTO.- Por cuanto antecede, y de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso formulado por la mercantil DIRECCION004, casando y anulando la sentencia recurrida, y resolviendo el debate en suplicación, desestimar el recurso de tal naturaleza formulado por la demandante, confirmando la sentencia de instancia en todos sus extremos. Sin costas.

FALLO

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

1º.- Estimar el recurso de casación interpuesto por el letrado D. Gonzalo Álvarez Gil, en nombre y representación de DIRECCION004, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias en Santa Cruz de Tenerife, de fecha 13 de diciembre de 2016, en el recurso de suplicación nº 398/2016.

2º.- Casar y anular la sentencia recurrida, y resolviendo el debate en suplicación, desestimar el recurso de tal naturaleza formulado por la demandante, confirmando en todos sus extremos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Santa Cruz de Tenerife de fecha 22 de diciembre de 2016, en autos nº



571/2015, seguidos a instancia de Dña. Brigida , frente DIRECCION001 , DIRECCION004 y AYUNTAMIENTO DE DIRECCION000 .

3º.- Declarar la firmeza de la sentencia de instancia.

4º.- Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ