



Roj: **STS 5588/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:5588**

Id Cendoj: **28079149912015100064**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **19/10/2015**

Nº de Recurso: **99/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Octubre de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de Casación interpuesto por el Letrado de la JUNTA DE ANDALUCÍA -CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN CULTURA Y DEPORTE- en la representación que de la misma ostenta, contra la sentencia de 16 de octubre de 2014 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el procedimiento núm. 28/2014 seguido a instancia de D. Cirilo, D. Dimas y D. Epifanio, contra el CONSORCIO ANDALUZ DE FORMACIÓN AMBIENTAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE (FORMADES) y la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, sobre Impugnación de despido colectivo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de D. Cirilo, D. Dimas y D. Epifanio, se presentó demanda sobre IMPUGNACIÓN DE DESPIDO COLECTIVO, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que: "admita que no concurren las causas económicas y organizativas alegadas por aquella en su comunicación escrita, declare la responsabilidad solidaria de ambas codemandadas de dicha decisión extintiva, declare la existencia de cesión ilegal de trabajadores vía artículo 43 del vigente ET y en definitiva, que dicha decisión extintiva no es ajustada a derecho y por lo tanto nula, por no cumplir con los requisitos legales y de fondo previstos para el despido colectivo conforme al Real Decreto 1483/2012, de 29 de Octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Despido Colectivo y demás normativas de obligado cumplimiento".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 16 de octubre de 2014 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos estimar la demanda formulada por la representación Letrada de D. Cirilo, D. Dimas y D. Epifanio, sobre impugnación de despido colectivo, declarando el despido nulo, condenando solidariamente a la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN CULTURA Y DEPORTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA y CONSORCIO ANDALUZ DE FORMACIÓN AMBIENTAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE, a la inmediata readmisión de los trabajadores con abono de los salarios dejados de percibir, debiendo éstos reintegrar la indemnización en caso de haberla recibido, una vez sea firme la sentencia".

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- El Consorcio Centro Andaluz de Formación Medioambiental para el Desarrollo Sostenible (FORMADES), es una Corporación de Derecho Público, constituida por la Mancomunidad de Municipios de la Comarca de Doñana y la Consejería de Empleo



y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 57 y siguientes de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local y art. 110 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, art. 1, de sus Estatutos, BOJA 23, de 23 de febrero 2002, siendo su objeto, art. 2, la formación de profesionales cualificados en el medio-ambiente, turismo-naturaleza y desarrollo sostenible, especialización y actualización de los profesionales, potenciando el desarrollo del sector, crear y experimentar metodologías innovadoras aplicable a la formación en el sector, mantener intercambio permanente con centros homólogos de ámbito europeo, americano y países del mediterráneo, así como desarrollar y ejecutar las iniciativas que surjan en referencia a la evolución, gestión de empleo y promoción de nuevas empresas, aunque ha centrado su actividad en la formación para desempleados en el mundo Ecuéstre, Medioambiental, Guarnicionería y Energías Renovables.- En su art. 49, establece que integrarán los ingresos del Consorcio, Productos de actividad en los diferentes servicios, donativos y auxilios, rentas de patrimonio, subvenciones y aportaciones de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía y la Mancomunidad de Municipios de la Comarca de Doñana en la cuantía del 90 % y 10%, respectivamente, que equilibrarán la diferencia final entre Presupuesto de Gastos e Ingresos.- Hasta el año 2012, de ha venido financiando con subvención exclusiva del Servicio Andaluz de Empleo y con el traspaso de competencias de formación profesional para el empleo a la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, por el Decreto del Presidente 3/2012, de 5 de mayo, recayó, de conformidad con lo establecido en el Decreto 128/2013, de 24 de septiembre, en el que se regula la estructura orgánica de dicha Consejería, la competencia para convocar y resolver el procedimiento de concesión de subvenciones dirigidas a los Consorcios escuela de formación, a la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, de la referida Consejería. Con tal traspaso de competencias, según entiende la Consejería, la oferta formativa que imparten tres de los catorce consorcios, entre los que se encuentra FORMADES, con graves desequilibrios económicos, puede ser asumida por ella, con mayor eficiencia y sin menoscabo de calidad del servicio público, lo que avala la disolución de los Consorcios y conforme a lo dispuesto en el at. 5.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, en relación con el art. 12.3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, corresponde al Consejo de Gobierno autorizar la creación y extinción de los Consorcios o desvinculación de la JA en los mismos, por lo que por Acuerdo de 28 de enero 2014, se autoriza al Consejero de Educación a instar el procedimiento de disolución o desvinculación de la JA, del Consorcio. En cumplimiento de dicho Acuerdo, el 4 de marzo el Consejero de Educación, dicta Orden, instando a la Presidencia del Consejo Rector para convocar sesión extraordinaria para la disolución del Consorcio Escuela o desvinculación de la JA, del mismo, se celebra el 19 de marzo la sesión extraordinaria, en la que se acuerda, por seis a favor y una abstención, la disolución del Consorcio, aprobando la Mancomunidad de Municipios de la Comarca de Doñana, por acuerdo el 5 de noviembre 2013, el inicio del procedimiento de disolución de la misma.- 2º.- El 2 de mayo 2014, FORMADES, comunicó al Delegado de Personal y Representante de los Trabajadores del Consorcio, el inicio del procedimiento de despido colectivo, de los 17 trabajadores componentes de la plantilla, con al apertura de un período de consultas de quince días, convocándose dos reuniones para los días 9 y 14 de mayo 2014, indicando en la comunicación que concurrían causas económicas y organizativas, motivadas por una insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de las actividades formativas, acompañando memoria explicativa de las causas del despido, así como número, identidad y grupo profesional de los trabajadores afectados.- En la memoria explicativa, se señalaba como causas organizativas, la carencia de oferta formativa para el curso 2013/2014, la disolución de del Consorcio y la de Mancomunidad de Doñana. Como causas económicas, reintegros firmes, falta de justificación de los cursos 2011/12 y 2012/13 que implicarían nuevos reintegros y carencia de aportación económica por la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía.- Respecto a las primeras, se indica que la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, establece que la gestión de recursos públicos estará orientada por la eficacia, eficiencia, economía y calidad, aplicándose a tal fin, políticas de racionalización del gasto y mejora de gestión del sector público y como consecuencia del traspaso de los Consorcios Escuela a la Consejería de Educación, asumiendo todas las competencias para la formación reglada u ocupacional, debe evitar duplicidades y como el coste alumno hora en el nivel básico de 13 euros, se entiende que se encuentra soportando unos costes innecesarios, FORMADES al igual que otros dos, de los catorce existentes, pudiendo la Consejería asumir la oferta formativa, acuerda promover su extinción y el cese de la plantilla en su totalidad, aparte de haber iniciado la Mancomunidad de Municipios de la Comarca de Doñana, el 5 de noviembre 2013, el inicio del procedimiento de disolución, por lo que siendo uno de los miembros de FORMADES, su desaparición haría inviable la continuación del Consorcio como figura jurídica.- 3º.- Por escrito presentado el 12 de septiembre 2014, aporta FORMADES copia de expediente administrativo, señalando a efectos de notificación, dado que el centro de trabajo se encuentra cerrado, el domicilio de la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de Huelva, con las actas del período de consultas, comunicación a la Autoridad Laboral y a los trabajadores, de iniciación del procedimiento, memoria explicativa, comunicación a la Autoridad Laboral y al representante de los trabajadores, de la finalización del período de consultas y decisión del cese definitivo de la prestación de trabajo, más otra documentación, económica y liquidaciones de los trabajadores, sin que remitiera por la



Autoridad Laboral el expediente administrativo, ni informe de la Inspección de trabajo y sin que constara en el mismo, haber solicitado al comité el informe a que se refiere el art. 64.5.a) del Estatuto de los Trabajadores .- 4º.- En los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2014, se preveía una partida de 1.193.550 euros, para FORMADES, siendo la Junta de Andalucía, la titular del vehículo especial asignado al Consorcio".

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de la JUNTA DE ANDALUCÍA -CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN CULTURA Y DEPORTE- .

SEXTO.- Impugnado el recurso por las partes personadas y evacuado el traslado conferido por el Ministerio Fiscal se emitió informe, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo por el Pleno de la Sala el día 14 de octubre de 2015, en que tuvo lugar; acordando la Sala el nombramiento como Ponente del Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, al anunciar el anterior designado, voto particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre la incongruencia de la sentencia recurrida.

1. Planteamiento de la cuestión.

El primer motivo del recurso alegado, al amparo del artículo 207-c) de la L.R.J.S ., la infracción del artículo 218-1 de la LEC en relación con el artículo 24 de la Constitución , al haberse violado las normas que regulan las sentencias lo que habría producido indefensión, dado que la recurrente ha sido condenada por causa de pedir diferente a la que fundaba la demanda y con base a fundamentos distintos de los alegados por la parte actora y controvertidos en el pleito. En definitiva se alega la incongruencia de la sentencia recurrida porque funda su pronunciamiento en una actuación de la recurrente en fraude de ley que no fue alegada en la demanda como causa de pedir, ni en el suplico de la misma, lo que habría dejado indefensa a la demandada que no habría podido defenderse de la imputación de ese obrar fraudulento y acreditar que su conducta fue conforme con la Ley. Por contra, la parte demandante al impugnar el recurso, aunque reconoce que no alegó la existencia de fraude de ley, ni la existencia de una sucesión empresarial, sostiene que su pretensión de condena solidaria se fundaba en la realidad de los hechos, en las relaciones jurídicas existentes entre ambas codemandadas, para que se declarase la responsabilidad de quien quería eludir sus obligaciones, razón por la que sería correcto el pronunciamiento que aprecia la existencia de fraude de ley y con base en ello declara la nulidad del despido colectivo y la responsabilidad solidaria de la recurrente.

2. Doctrina jurisprudencia y constitucional sobre la incongruencia.

Sobre esta materia merece recordarse la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional que en su sentencia 41/2007, de 26 de febrero , dice: *"la incongruencia por exceso o extra petitum es aquella por la que "el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones. La incongruencia extra petitum constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al órgano judicial, en los procesos presididos por estos principios, pronunciarse sobre aquellas pretensiones que no fueron ejercitadas por las partes, al ser éstas las que, en su calidad de verdaderos domini litis, conforman el objeto del debate o thema decidendi y el alcance del pronunciamiento judicial. Este deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado, a tales efectos, por los sujetos del mismo (partes), por lo pedido (petitum) y por los hechos o realidad histórica que le sirve como razón o causa de pedir (causa petendi). Todo lo cual no comporta que el Juez deba quedar vinculado rígidamente al tenor de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo. Por un lado el principio iura novit curia permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes; y, por otro lado, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso (por todas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2 ; 15/1999, de 22 de febrero, FJ 2 ; 134/1999, de 15 de julio, FJ 9 ; 172/2001, de 19 de julio, FJ 2 ; 130/2004, de 19 de julio , FJ 3)" (STC 250/2004, de 20 de diciembre , FJ 3)".*

También hemos señalado en múltiples sentencia que el referido Tribunal ha afirmado, también, que la **incongruencia omisiva** o no resolución por el órgano judicial en su sentencia de alguna de las pretensiones



ante él debidamente formuladas lesiona, al igual que la **incongruencia por exceso**, el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 20/1982 , 116/1-986 de 8-X, 244/1988 de 19-XII y 203/1989 de 4-XII), habiendo establecido, en cuanto ahora específicamente nos interesa, que para que la incongruencia (en concreto, la llamada **extra petita**) "tenga relevancia constitucional se precisa que el desajuste entre lo resuelto por el órgano judicial y lo planteado en la demanda o en el recurso sea de tal entidad que pueda constatarse con claridad la existencia de indefensión, por lo cual requiere que el pronunciamiento judicial recaiga sobre una cuestión no incluida en las pretensiones procesales, impidiendo así a las partes efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido" (SSTC 88/1992 , 44/1993 , 125/1993 , 369/1993 , 172/1994 , 222/1994 , 311/1994 , 91/1995 , 189/1995 , 191/1995 de 18-XII , 13/1996 de 29 -I, 60/1996 de 15-IV , 98/1996 de 10-VI , entre otras).

Así mismo debe tenerse presente lo que en la sentencia nº 40 de 2006, de 13 de febrero, dice el mismo Tribunal sobre la "incongruencia por error" que se da cuanto "por error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión o pretensiones formuladas por las partes en la demanda o sobre los motivos del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta (por todas, SSTC 15/1999, de 22 de febrero, FJ 2 ; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3 ; 182/2000, de 10 de julio, FJ 3 ; 213/2000, de 18 de septiembre, FJ 3 ; 211/2003, de 1 de diciembre, FJ 4 ; 8/2004, de 9 de febrero , FJ 4).".

3. Doctrina sobre el fraude de ley.

Para resolver sobre la incongruencia alegada conviene recordar en que consiste el fraude de ley según la jurisprudencia, pues con ello se pone de relieve la importancia de esta cuestión y la necesidad de probar la concurrencia de los distintos elementos que configuran la existencia del fraude.

En este sentido, como señalan las sentencias de la Sala 1ª de este Tribunal de 12 de enero de 2006 (R. 341/99), dictada en Sala General, 27 de enero y 5 de julio de 2006 (Recs. 101/00 y 3931/99) "el artículo 6.4 responde a una visión moderna del fraude de ley, a partir de la idea de que la interpretación no se detiene en la letra de la norma, sino que ha de dirigirse a la búsqueda de su voluntad. Conforme a ese planteamiento los actos jurídicos contrarios al espíritu de la ley, pero respetuosos con su letra no son fraudulentos, sino contra legem y, como tales, deben ser tratados con la directa aplicación de la sanción establecida para la infracción".

"El régimen del *fraus legis* se aplica a aquellos actos, uno o varios, que reciben la cobertura de alguna norma, aunque sea básica o esté caracterizada por su generalidad, que los ampara o tolera, bien que de una manera insuficiente por ser otra su finalidad (sentencias de 13 de junio de 1.959, 10 de octubre de 1.962, 14 de diciembre de 1.972, 14 de mayo de 1.985, 14 de febrero de 1.986, 16 de marzo de 1.987, 19 de octubre de 1.987, 20 de mayo de 1.988, 30 de marzo de 1.988, 11 de octubre de 1.991, 16 de octubre de 1.991, 3 de noviembre de 1.992, 23 de febrero de 1.993, 5 de abril de 1.994, 23 de enero de 1.999, 3 de julio de 1.999 y 28 de septiembre de 2.004) y que persiguen un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, considerado como un todo (según se expresa en la exposición de motivos del Decreto 1.836/1.974, de 31 de mayo, por el que se sancionó con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil); esto es, un resultado contrario a cualquiera de las normas que integran el ordenamiento, aunque resulten de una interpretación sistemática o de los mismos procedimientos de integración".

Por otro lado, como el fraude se imputa a una Administración Pública debe recordarse que en el ámbito del derecho administrativo el fraude de ley se viene ligando a la desviación de poder y al uso arbitrario del mismo. Conviene por ello reproducir la jurisprudencia de la Sala 3ª de este Tribunal que tiene dicho: "para apreciar la existencia de desviación de poder es necesario, atendiendo a una interpretación conjunta e integradora de los artículos 106.1 in fine de la Constitución y 70.2, párrafo segundo, de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, que se hayan realizado potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico, siendo lo cierto que en este caso, y en función de las manifestaciones esgrimidas por la parte actora, no se vislumbra circunstancia alguna determinante de esa desviación de poder".

"Los actos administrativos no tienen siempre y necesariamente que ser constitutivos per se de desviación de poder por la sola circunstancia de que se basen en una interpretación distinta de las normas jurídicas y de los presupuestos fácticos concurrentes en cada caso, de la que propugna la parte interesada en beneficio de su particular situación jurídica".

"Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala [por todas, sentencias de 25 de abril de 1997 (recurso 10270/1990), 14 de julio de 1998 (recurso 2308/1994), 11 de marzo de 1999 (recurso 2021/1993), 25 de septiembre de 2000 (recurso 19/1998), 22 de diciembre de 2003 (recurso 5386/1998), 14 de junio de 2006 (recurso 2557/2003)- y 28 de octubre de 2009 (recurso 3279/2005)], cuando se alega la existencia de fraude de ley o de desviación de poder, la carga de la prueba incumbe a quien efectúa esa alegación, no siendo suficientes a tales efectos las meras presunciones, conjeturas o interpretaciones subjetivas del acto administrativo o de las



ocultas e hipotéticas intenciones que supuestamente lo determinan, pues resulta necesario constatar y acreditar, con un enlace preciso y directo, que en la génesis del acto administrativo impugnado se produjo la concurrencia de una causa ilícita, reflejada en la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el Ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio".

4. Existencia de incongruencia.

4.1 Hechos alegados en la demanda y pretensiones del suplico de la misma.

En el ordinal segundo de la demanda se dice " *Empresa y Representantes de los Trabajadores se han reunidos en dos ocasiones, concretamente los días 9 y 14 de Mayo de 2014, al objeto de alcanzar un acuerdo, centrándose dicho debate en la existencia o no de causas económicas y organizativas suficientes para justificar la procedencia de dicho despido colectivo, así como la responsabilidad, respecto de dicha extinción colectiva, de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, todo ello por entender que, a tenor de los Estatutos de los Consorcios Escuelas de Formación, en los que se preveen que la Presidencia de los Consejos Rectores o de los Consejos Generales debe ser ejercida por un Representante de la citada Consejería y designado por la persona titular de la misma, recayendo en el supuestos de FORMADES en la persona titular de la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de Huelva, y más si cabe puesto que desde la fecha de su constitución, las únicas aportaciones recibidas por el Consorcio FORMADES han sido realizadas por la Consejería competente en materia de formación profesional para el empleo a través de subvenciones nominativas, habiendo asumido "de facto" la Junta de Andalucía la totalidad de la financiación del Consorcio, incluido el saneamiento de los posibles desequilibrios presupuestarios que se pudieran producir. En este sentido, entendemos que la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, es responsable directa, solidaria o subsidiariamente de dicho despido colectivo, ya que es la mencionada Consejería la encargada de dirigir el funcionamiento de la escuela de educación FORMADES, sosteniéndola económicamente mediante la concesión de las oportunas subvenciones nominativas, y ostentando, como se ha indicado anteriormente, la presidencia de su Consejo Rector, el titular de la Delegación Territorial de la Educación, Cultura y Deporte de Huelva, desarrollando éste, la dirección de dicho Centro, por lo que entendemos existen entre las codemandadas una unidad empresarial, más si cabe, y según resulta del documento de inicio del expediente de regulación de empleo, que sea el propio Consejero de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía quien, ordena a la Presidencia del Consejo Rector, convocar una sesión extraordinaria para que se proceda a la disolución de éste último".*

Y en el hecho cuarto de la demanda la condena de la Consejería de Educación se fundamenta en que "...entendemos que, el empresario real, conforme se expresa en los artículos 1.1 y 1.2 del vigente ET , es en este caso la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, quien, a la fecha del despido ostenta la titularidad de la explotación u organización dentro de cuyo ámbito prestan servicios retribuidos los trabajadores, bajo su dirección y por su cuenta y cargo ya que, el objeto de los contratos de servicios entre ambas codemandadas se limita a una mera puesta disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, no contando FORMADES, con una organización propia y estable, sin contar con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad y sin ejercer las funciones inherentes a su condición de empresario, conllevando en este tipo de supuestos la responsabilidad solidaria de las empresas cedentes y cesionarias de las obligaciones contraídas con los trabajadores y la seguridad social, teniendo, los trabajadores sometidos al tráfico prohibido derecho a adquirir la condición de fijo a su elección en la empresa cedente o cesionaria".

Finalmente en el suplico se pide que se "dicte en su día sentencia por la que admita que no concurren las causas económicas y organizativas alegadas por aquella en su comunicación escrita, declare la responsabilidad solidaria de ambas codemandadas de dicha decisión extintiva, declare la existencia de cesión ilegal de trabajadores vía artículo 43 del vigente ET y en definitiva, que dicha decisión extintiva no es ajustada a derecho y por lo tanto nula, por no cumplir con los requisitos legales y de fondo previstos para el despido colectivo conforme al Real Decreto 1483/2012, de 29 de Octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Despido Colectivo y demás normativas de obligado cumplimiento".

4.2 Con estos antecedentes, la doctrina antes reseñada nos obliga a entender que la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia extra-petita, al haber cambiado los términos del debate promovido en la demanda y mantenido durante el juicio. Son los hechos de la demanda y las pretensiones en ella articuladas quienes delimitan el objeto y contenido de la controversia (art. 218-1 de la L.E.C .), sin que el Tribunal pueda "apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer". Al cambiar los términos del debate, la Sala de instancia ha pecado de incongruente porque ha modificado la causa de pedir, el fundamento de la pretensión formulada, al basarse en causa distinta y no alegada, con lo que ha vulnerado el principio iuxta allegata et probata, según lo alegado y probado, y se ha excedido de las facultades que le concede el principio "iura novit curia", el juez conoce el derecho, porque ha fundado su fallo estimatorio de la demanda en fundamentos de hecho y de derecho diferentes, con lo que ha



dejado indefensa a la demandada recurrente que no pudo combatir los argumentos que la sentencia recurrida creó "ex novo", sin que la Sala de instancia hubiese hecho uso de las facultades que le otorga el segundo párrafo, del artículo 85-1 de la L.J .S., al final.

La solución dada es acorde con la literalidad del citado artículo 218-1 lo que excusa examinar si la existencia de fraude de ley es una cuestión de hecho o de derecho, máxime cuando, aunque se tratara de una cuestión de hecho, materia en la que como en la interpretación de los contratos prevalece el criterio del juzgador de la instancia, no se debe olvidar que en casación se pueden revisar las calificaciones jurídicas realizadas cuando sea manifiesto el error en el que incurrieron, como aquí acaece. En efecto, ni la pretensión de nulidad se fundó en la existencia de un fraude de ley, ni se alegó la infracción del art. 6-4 del Código Civil , ni, lo que es peor, se alegó que norma se trataba de eludir fraudulentamente, pese a tratarse de una Administración Pública, ni que norma daba cobertura a la actuación fraudulenta, aplicación de determinada norma con base en otra. Por ello, aparte para apreciar la existencia de un fraude de ley es preciso realizar un juicio de valor de los hechos contemplados con arreglo a las normas aplicables, debe concluirse que existe incongruencia "extra petita" cuando la sentencia, como aquí ocurre se basa en fundamentos de hecho y de derecho distintos a los que se han hecho valer por las partes, con lo que ha cambiado los términos del debate y dejado indefensa a la recurrente.

4.3 La sentencia es contradictoria en sus argumentaciones e incurre en incongruencia omisiva.

Lo primero porque por un lado argumenta y concluye que las demandadas no constituyen un grupo de empresas ilícito (patológico) y que entre ellas no ha existido una cesión ilegal de mano de obra, conclusión que abona la inexistencias de una actuación tendente a perjudicar los derechos de los trabajadores. Por otro lado razona que ha existido fraude de ley porque se ha tratado de evitar que el personal del Consorcio (FORMADES), tras su liquidación pasara a prestar sus servicios a la Consejería de Educación, quien asumía sus competencias, argumento este que contradice al anterior y que no se compadece con las afirmaciones fácticas relativas a que FORMADES pasó a depender de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía en mayo de 2012 y siguió bajo su dependencia tras el Decreto 128/2013, de 25-9-2013 de la Presidencia de la Junta por la que se estableció la nueva estructura orgánica de esa Consejería y, con el hecho de que varios meses después, dadas las duplicidades existentes por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 28 de enero de 2014 se acordó la disolución de tres de los catorce Consorcios de Formación dependientes de la Consejería de Educación, para evitar duplicidades y dado que la oferta formativa que se impartía en ellos se podía atender por otros medios. En cumplimiento de ese acuerdo por la Delegación de Educación se ofició al Presidente del Consorcio FORMADES para que procediera a su disolución y liquidación (H.P. Primero). Este dato revela las contradicciones en que incurre la sentencia recurrida, por cuanto la disolución del Consorcio y el despido colectivo de sus empleados no podía tener por fin eludir el pase de la plantilla del Consorcio a la Consejería de Educación, como sucesora de su actividad, por cuanto, aparte que la consejería ya tenía entre sus fines el de la formación profesional, resulta que el Consorcio era un organismo público financiado en exclusiva por la Consejería competente de la Junta de Andalucía (H.P. primero y artículos 5 y 12-3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre de la Junta de Andalucía), quien se valía de ese órgano, creado por ella, para el desempeño de sus funciones, razón por la que, difícilmente, podía tratar de eludir sus obligaciones laborales en materia de sucesión empresarial, quien ya venía pagando todos los gastos del Consorcio y se limitaba a llevar a cabo la reestructuración de servicios acordada por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

La incongruencia omisiva se aprecia por la falta de motivación de la sentencia respecto a la existencia de fraude de ley. En efecto, no se dice en que consiste el fraude de ley, ni la norma concreta cuya aplicación se trata de eludir, ni la norma que ampara ese obrar fraudulento, ni los hechos que ponen de manifiesto esa actuación torticera, máxime cuando se trata de la ejecución de un Acuerdo de un Gobierno Autonómico cuya actuación se presume dentro de la legalidad, salvo que se pruebe que ha existido una desviación de poder, una actuación arbitraria abiertamente contraria al ordenamiento jurídico, lo que no es el caso, porque, según se dijo antes, se actuó en el marco de una reestructuración lógica, para evitar duplicidades. La simple cita de las numerosas sentencias que esta Sala dictó con ocasión de los despidos colectivos de los Consorcios UTELDT no es suficiente para fundar el fraude de ley que allí se estimó porque el supuesto no es igual. En efecto, el procedimiento seguido y la norma aplicable en aquellos casos era diferente, por cuanto se estimó que se trataba de eludir la aplicación del art. 8-5 y de la Adicional Cuarta de la Ley 1/2011 de 17 de febrero , que expresamente establecía la obligación de la Junta o de los órganos dependientes de ella de subrogarse en los contratos del personal de los Consorcios y de integrarlos en su plantilla. En el presente caso no se ha alegado ninguna normal especial con similar contenido que impida o condicione la aplicación de la Adicional Vigésima del E.T. en relación con el art. 51 de ese texto legal.

5. Estimación del recurso.



Los vicios de incongruencia examinados obligan a estimar, como ha informado el Ministerio Fiscal, el recurso y a casar y anular la sentencia recurrida en cuanto estima la existencia de fraude de ley y con base en él condena solidariamente a la recurrente a estar y pasar con las declaraciones que realiza, lo que hace innecesario el examen de los otros dos motivos del recurso que se estima sin perjuicio de las obligaciones que la Consejería de Educación pudiera tener en virtud de lo dispuesto en los artículos 3 y 25 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de la Junta de Andalucía en orden a responder de las obligaciones económicas que adquieran los organismos dependientes de ella cuando sus bienes no sean suficientes, caso de liquidación, obligaciones que en el presente procedimiento no se analizan, ni concretan, por cuanto la posible responsabilidad de la recurrente al respecto con base en esos fundamentos de hecho y de derecho no se ha pedido ni en la demanda, ni en el recurso. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que estimando, como estimamos, el recurso de casación formulado por el Letrado de la JUNTA DE ANDALUCÍA -CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN CULTURA Y DEPORTE- en la representación que de la misma ostenta, contra la sentencia de 16 de octubre de 2014 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el procedimiento núm. 28/2014 seguido a instancia de D. Cirilo, D. Dimas y D. Epifanio, contra el CONSORCIO ANDALUZ DE FORMACIÓN AMBIENTAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE (FORMADES) y la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, debemos casar y anular la sentencia recurrida en parte y dejando subsistentes el resto de sus pronunciamientos, debemos dejar sin efecto la condena que hace contra la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA recurrente a quien absolvemos de la demanda sin perjuicio de las obligaciones económicas que le pudieran incumbir caso de insolvencia de su codemandada que se le podrán exigir en el procedimiento adecuado.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina D. Luis Fernando de Castro Fernandez D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a. Rosa Maria Viroles Piñol D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luelmo Millan D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer D. Jesus Souto Prieto D. Jordi Agusti Julia

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Jordi Agusti Julia, AL QUE SE ADHIEREN LOS/AS MAGISTRADOS/AS EXCMOS/AS. SRES/AS. D. Fernando Salinas Molina, D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga Y D^a. Rosa Maria Viroles Piñol, RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 19-10-2015 (RECURSO CASACIÓN 99/2015) DICTADA POR EL PLENO DE LA SALA.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala en el recurso de casación ordinaria número 99/2015, para sostener la posición que mantuve en la deliberación, **al discrepar** -siempre con la mayor consideración y respeto-, del criterio adoptado por la mayoría de la Sala en la indicada resolución, **que ha estimado dicho recurso de casación interpuesto por el Letrado de la JUNTA DE ANDALUCÍA contra la sentencia dictada en instancia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, dejando sin efecto el pronunciamiento condenatorio que lleva a cabo dicha sentencia con respecto a la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, cuando en mi parecer, el citado recurso debió ser rechazado, y por ende, el fallo de la sentencia de instancia íntegramente confirmado.**

Fundo el presente voto particular en los siguientes antecedentes y consideraciones jurídicas:

A) CON CARÁCTER PREVIO

1. La Sala de instancia, estimando la demanda formulada por la representación de los trabajadores en impugnación de despido colectivo, declaró la nulidad de la decisión extintiva y la responsabilidad solidaria de las demandadas.

2. Frente a la sentencia de instancia, la **JUNTA DE ANDALUCÍA**, ha interpuesto recurso de casación, que articula en los tres siguientes motivos: 1º) al amparo del art. 207 c) LRJS se denuncia infracción del artículo 218 de



la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española y doctrina de esta Sala, alegando la posible incongruencia extra-petita en la que incurriría la sentencia recurrida al resolver una causa de pedir no sostenida en la demanda produciendo indefensión; 2º) al amparo del art. 207 d) LRJS se interesa la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia; y, 3º) al amparo del art. 207 e) LRJS por infracción del art. 44 ET , e indebida aplicación de la doctrina de esta Sala contenida en las sentencias que cita.

3. En el primero de dichos motivos, argumenta en esencia la recurrente, para sostener la incongruencia extrapetita en la que incurriría la sentencia, que en la demanda se interesa la nulidad del despido, con condena solidaria de la Consejería de Educación Cultura y Deporte, siendo los títulos de atribución de la responsabilidad solidaria, la derivada de una unidad o grupo de empresa con el Consorcio codemandado y la existencia de cesión ilegal entre el Consorcio y Consejería, según se expresa en los hechos de la demanda. La posición mayoritaria ha decidido estimar este motivo, apreciando, en la sentencia de instancia, primero la existencia de incongruencia extra-petita, y después la incongruencia omisiva, lo que ha conllevado la estimación del recurso, y consiguiente anulación y casación de la sentencia recurrida, en cuanto a la condena de la JUNTA DE ANDALUCÍA

B) LA SENTENCIA RECURRIDA NO HA INCURRIDO EN INCONGRUENCIA EXTRA-PETITA

1. Para sostener su posición con respecto a la existencia de incongruencia extra-petita, la mayoría de la Sala transcribe doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia sobre el fraude de ley en los apartados 2 y 3 del fundamento Primero -y único- de la sentencia, para en el apartado 4 tras exponer los hechos alegados en la demanda y pretensiones del suplico de la misma en el sub apartado 1, llegar a la conclusión de la existencia de incongruencia extra-petita, en el sub apartado 2, en cual se dice, textualmente que, *"Con estos antecedentes, la doctrina antes reseñada nos obliga a entender que la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia extra-petita, al haber cambiado los términos del debate promovido en la demanda y mantenido durante el juicio. Son los hechos de la demanda y las pretensiones en ella articuladas quienes delimitan el objeto y contenido de la controversia (art. 218-1 de la L.E.C .), sin que el Tribunal pueda "apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer". Al cambiar los términos del debate, la Sala de instancia ha pecado de incongruente porque ha modificado la causa de pedir, el fundamento de la pretensión formulada, al basarse en causa distinta y no alegada, con lo que ha vulnerado el principio iuxtaallegata et probata, según lo alegado y probado, y se ha excedido de las facultades que le concede el principio "iuranovit curia", el juez conoce el derecho, porque ha fundado su fallo estimatorio de la demanda en fundamentos de hecho y de derecho diferentes, con lo que ha dejado indefensa a la demandada recurrente que no pudo combatir los argumentos que la sentencia recurrida creó "ex novo", sin que la Sala de instancia hubiese hecho uso de las facultades que le otorga el segundo párrafo, del artículo 85-1 de la L.J .S., al final.*

La solución dada es acorde con la literalidad del citado artículo 218-1 lo que excusa examinar si la existencia de fraude de ley es una cuestión de hecho o de derecho, máxime cuando, aunque se tratara de una cuestión de hecho, materia en la que como en la interpretación de los contratos prevalece el criterio del juzgador de la instancia, no se debe olvidar que en casación se pueden revisar las calificaciones jurídicas realizadas cuando sea manifiesto el error en el que incurrieron, como aquí acaece. En efecto, ni la pretensión de nulidad se fundó en la existencia de un fraude de ley, ni se alegó la infracción del art. 6-4 del Código Civil , ni, lo que es peor, se alegó que norma se trataba de eludir fraudulentamente, pese a tratarse de una Administración Pública, ni que norma daba cobertura a la actuación fraudulenta, aplicación de determinada norma con base en otra. Por ello, aparte para apreciar la existencia de un fraude de ley es preciso realizar un juicio de valor de los hechos contemplados con arreglo a las normas aplicables, debe concluirse que existe incongruencia "extra petita" cuando la sentencia, como aquí ocurre se basa en fundamentos de hecho y de derecho distintos a los que se han hecho valer por las partes, con lo que ha cambiado los términos del debate y dejado indefensa a la recurrente".

2 .Pues bien, suscribo -como no podía ser de otra manera- la doctrina constitucional, formulada, con carácter general, sobre la posible incongruencia de una sentencia. Ahora bien, el principio de congruencia -que actúa como requisito esencial de la sentencia, asegurando la coherencia entre la parte dispositiva de ésta y los términos en que ha quedado delimitada la cuestión objeto de litigio, a través de la pretensión deducida en la demanda-y la expuesta doctrina, en su concreta aplicación al proceso laboral, ha de ensamblarse con la tradicional laxitud del concepto de incongruencia en esta Jurisdicción, que ha sido una constante en la Jurisprudencia de esta Sala -sentencias entre otras muchas de 4 de abril de 1.961 (Ar. 5031), 3 de marzo de 1.966 (Ar. 2046), 29 de setiembre de 1.967 (Ar. 3582), 23 de junio de 1.972 (Ar. 3575) y 16 de febrero de 1.978 (Ar. 658), la cual puso ya de manifiesto la diferencia existente entre la materia civil y la social, tanto por el concreto principio de irrenunciabilidad de derechos que rige en esta última, como por el carácter protector que para el trabajador tiene la legislación social.En este sentido, y en defensa de la mayor laxitud del principio de incongruencia en el proceso laboral, se manifiesta la sentencia de esta Sala de 16 de febrero de 1.993



(Aranzadi. 1175), dictada en unificación de doctrina, que con cita de varias resoluciones anteriores de la propia Sala, da como argumentos : a) el menor rigor que, a diferencia del proceso civil, tiene la aplicación del principio dispositivo en proceso laboral, como consecuencia de los diversos preceptos procesales que tienen su raíz en el principio del impulso de oficio; b) el principio "iuranovit curia" que tiene en este proceso mayor intensidad; y c) la circunstancia -que ya hemos señalado- de que en el proceso laboral se ventilan derechos que en gran parte son irrenunciables, por virtud de lo dispuesto en los artículos 3.5. del Estatuto de los Trabajadores y 69 de la Ley General de la Seguridad Social ; de forma, dice esta sentencia, que "*si por virtud de la congruencia el Juez aceptara peticiones inferiores a los mínimos reconocidos en normas de derecho necesario, podría estar consagrando una renuncia de derechos que sería inválida según los artículos indicados y que nunca podría ser subsanada por efecto de la cosa juzgada*". En resumen, puede decirse, que en el ámbito de la Jurisdicción Social, el Juzgador o Sala de instancia, al dictar su sentencia, no tiene que amoldarse rígida y literalmente al contenido de la demanda, siendo suficiente que guarde acatamiento a los hechos esenciales que la fundamentan, cuidando, eso sí, que no exista indefensión para alguna de las partes.

3. En el presente caso, conviene destacar, que en el "suplico" de su escrito de demanda, los representantes de los trabajadores interesan la declaración de nulidad del despido y la responsabilidad solidaria de las codemandadas, previo haber señalado en el hecho segundo de su escrito de demanda, para fundamentar dicha responsabilidad que, "*Empresa y Representantes de los Trabajadores se han reunidos en dos ocasiones, concretamente los días 9 y 14 de Mayo de 2014, al objeto de alcanzar un acuerdo, centrándose dicho debate en la existencia o no de causas económicas y organizativas suficientes para justificar la procedencia de dicho despido colectivo, así como la responsabilidad, respecto de dicha extinción colectiva, de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, todo ello por entender que, a tenor de los Estatutos de los Consorcios Escuelas de Formación, en los que se preveen que la Presidencia de los Consejos Rectores o de los Consejos Generales debe ser ejercida por un Representante de la citada Consejería y designado por la persona titular de la misma, recayendo en el supuesto de FORMADES en la persona titular de la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de Huelva, y más si cabe puesto que desde la fecha de su constitución, las únicas aportaciones recibidas por el Consorcio FORMADES han sido realizadas por la Consejería competente en materia de formación profesional para el empleo a través de subvenciones nominativas, habiendo asumido "de facto" la Junta de Andalucía la totalidad de la financiación del Consorcio, incluido el saneamiento de los posibles desequilibrios presupuestarios que se pudieran producir. En este sentido, entendemos que la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, es responsable directa, solidaria o subsidiariamente de dicho despido colectivo, ya que es la mencionada Consejería la encargada de dirigir el funcionamiento de la escuela de educación FORMADES, sosteniéndola económicamente mediante la concesión de las oportunas subvenciones nominativas, y ostentando, como se ha indicado anteriormente, la presidencia de su Consejo Rector, el titular de la Delegación Territorial de la Educación, Cultura y Deporte de Huelva, desarrollando éste, la dirección de dicho Centro, por lo que entendemos existen entre las codemandadas una unidad empresarial, más si cabe, y según resulta del documento de inicio del expediente de regulación de empleo, que sea el propio Consejero de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía quien, ordena a la Presidencia del Consejo Rector, convocar una sesión extraordinaria para que se proceda a la disolución de éste último*".

4 .A tenor de estos hechos expuestos en la demanda sobre los que se fundamenta la responsabilidad de la Junta de Andalucía -que la Sala de instancia entiende acreditados- y la declaración que se pide al Tribunal, considero -conforme a la doctrina de esta Sala y contrariamente a lo que sostiene la mayoría- que no ha existido, en su consecuencia, indefensión alguna para la recurrente Junta de Andalucía, en cuanto los trabajadores han expuesto en su demanda los hechos que, a su entender, fundamentan su pretensión de declaración de responsabilidad solidaria, aunque la calificación jurídica de los mismos que se efectúa en la demanda no sea la tenida en cuenta en la sentencia recurrida para declarar dicha responsabilidad. La recurrente ha podido defenderse -como lo ha hecho- y la Sala de instancia, respetando los rasgos esenciales de la pretensión ejercitada -declaración de nulidad y de responsabilidad solidaria- en uso de sus facultades ha seleccionado del elenco de ilícitos laborales el de fraude de ley, para declarar dicha responsabilidad, lo que es acorde con la doctrina constitucional y jurisprudencial expuesta. En definitiva, no concurre el vicio de incongruencia, que la posición mayoritaria imputa a la sentencia recurrida, partiendo de una aplicación rigorista del artículo 218.1 de la LEC -y así expresamente lo reconoce, cuando establece que "La solución dada es acorde con la literalidad del citado artículo 218.1...."- . Ello implica, lamentablemente -dicho sea con el debido respeto- que la postura mayoritaria abandona la tradicional, y señalada doctrina de esta Sala, que ha venido aplicando el principio de congruencia, armonizándolo con el carácter tuitivo y protector de nuestro ordenamiento jurídico procesal- laboral.

C) INEXISTENCIA DE INCONGRUENCIA OMISIVA Y EXISTENCIA DE FRAUDE DE LEY.

1. Se dice también en la sentencia mayoritaria -apartado 4.3 del único de sus fundamentos jurídicos- que la sentencia de instancia es contradictoria en sus argumentaciones, "porque por un lado argumenta y concluye



que las demandadas no constituyen un grupo de empresas ilícito (patológico) y que entre ellas no ha existido una cesión ilegal de mano de obra, conclusión que abona la inexistencia de una actuación tendente a perjudicar los derechos de los trabajadores. Por otro lado razona que ha existido fraude de ley porque se ha tratado de evitar que el personal del Consorcio (FORMADES), tras su liquidación pasara a prestar sus servicios a la Consejería de Educación". En cuanto a la incongruencia omisiva se aprecia -dice- por la falta de motivación de la sentencia respecto a la existencia de fraude de ley". Pues bien, en mi opinión no existe contradicción alguna. Puede perfectamente apreciarse la inexistencia de un grupo de empresas ilícito y de cesión ilegal, y por el contrario, llegar a la conclusión de que ha existido "fraude de ley", en cuanto se trata de una calificación jurídica abierta que puede, evidentemente, abarcar más supuestos "ilícitos" que los señalados por la mayoría, como más adelante argumentaré. En cuanto a la incongruencia omisiva, por falta de motivación del fraude de ley, francamente, no entiendo como se llega a esta conclusión por la mayoría de la Sala. En efecto, en la sentencia de instancia, tras señalar que no se está ante un despido individual, *"sino que enjuiciamos la validez de una decisión extintiva adoptada en expediente de despido colectivo, con la que se ha pretendido eludir que el personal de la plantilla del Consorcio pasase a prestar sus servicios, sin solución de continuidad, al órgano administrativo que asumiese las competencias y la actividad que venía llevando a cabo la mismo, La Consejería de Educación, cuando se decide asumir las competencias que con anterioridad ejercía éste, decisión colectiva extintiva, cuyas consecuencias -particularmente las ligadas a un posible fraude- trascienden a un plano superior de intereses generales, revistiendo mucha mayor gravedad que las propias de un cese individual, dada la existencia de suficientes datos objetivos para llegar a la convicción del fraude de ley. En efecto, como ya se ha señalado, se inicia el expediente de despido colectivo y se toma la decisión de despedir a toda la plantilla del Consorcio, sobre la base de una decisión de disolverlo y asumir las funciones y actividad que desarrollaba el mismo, por la Consejería, con liquidación y reparto del mismo, entre los Entes Consorciados, tomando la decisión de despedir colectivamente -con el incumplimiento palmario de los requisitos legales y procedimentales que hemos destacado-a toda la plantilla de la misma para evitar que el órgano administrativo que a partir de dicha extinción realice las funciones que aquella tenía encomendadas, tenga que hacerse cargo del personal que las venía desarrollando,...."*. Tras este razonamiento, la Sala de instancia determina la concurrencia del fraude de ley, con las consecuencias previstas en el art. 124.11 LRJS y con la condena solidaria de quienes - conforme a las referencias de hecho y jurídicas precedentemente efectuadas- han participado de una forma u otra en el fraude de ley que entiende acreditado.

2. Finalmente, y en cuanto a la existencia del "fraude de ley", estimo conveniente recordar la doctrina jurisprudencial conforme a la cual : **A)** "el fraude de ley requiere como elemento esencial, un acto o serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violan el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la Ley (sentencias, entre otras, de 17 de abril de 1997 , 3 de febrero de 1998 , 21 de diciembre de 2000). Se caracteriza (sentencias, entre otras, de 4 de noviembre de 1994 , 23 de enero de 1999 , 27 de mayo de 2001 , 13 de junio de 2003) por la presencia de dos normas: la conocida, denominada "de cobertura", que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta se pretende eludir, que es la norma denominada "eludible o soslayable", amén que ha de perseguir un resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente (sentencia de 27 de marzo de 2001 y 30 de septiembre de 2002). Es claro, que no se requiere la intención, o conciencia, o idea dirigida a burlar la ley (sentencias de 17 de abril de 1997 , 3 de febrero de 1998 y otras), pero es preciso que la Ley en que se ampara el acto presuntamente fraudulento no le proteja suficientemente (sentencia de 23 de febrero de 1993) y que la actuación se encamine a la producción de un resultado contrario o prohibido por una norma tenida como fundamental en la materia, y tal resultado se manifieste de forma notoria e inequívocamente (sentencias de 4 de noviembre de 1982 y 30 de junio de 1993)", doctrina de la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 29-12-2011 (recurso 2125/2008), que cita las de 18 de marzo de 2008 , 9 de marzo de 2006 y 28 de enero de 2005); y, **B)** Como asimismo señala la doctrina de la misma Sala de lo Civil del Tribunal Supremo -STS 30-3-1988 (Aranzadi 2570/1998) y 27-03-1989 (Aranzadi 2200/1989), **el concepto de fraude, como de mero hecho, es de apreciación del Tribunal de instancia**, y en este sentido, las sentencias de esta Sala de 17-02-2014 y 18 -02-2014 (recursos casación 142/2013 y 151/2013), junto con muchas otras, recuerdan que la apreciación del fraude es facultad primordial del órgano judicial de instancia, ".... por cuanto que en la materia juegan decisoriamente las normas sobre carga de la prueba [art. 217 LECiv] y las reglas sobre presunciones [los ya citados arts. 385 y 386 LECiv] (SSTS 06/02/03 -rec. 1207/02 -; 31/05/07 -rcud 401/06 -; y 14/05/08 -rcud 884/07 -). Esta es, la doctrina que avala la decisión tomada por la sentencia, razonada y fundamentada en afirmaciones fácticas que no han sido combatidas por la recurrente, que en el motivo del recurso sobre el fraude de ley, se limita a una interpretación subjetiva que efectúa del Acuerdo de 28 de enero de 2014 del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía -trascrito en la sentencia de instancia-, vía absolutamente inadecuada para disentir, con éxito, en mi opinión, de las apreciaciones de la Sala de instancia, lo que debe conllevar la desestimación del citado motivo, y por ende del recurso.

D) CONCLUSIÓN: EL RECURSO DE CASACIÓN DEBIO SER DESESTIMADO.



1. Todo lo expuesto conlleva, en mi opinión -siempre con la mayor consideración y respeto al criterio adoptado por la mayoría de la Sala-, que lo procedente es la desestimación del recurso formulado por la Junta de Andalucía, y la confirmación íntegra del fallo de la sentencia recurrida

Madrid, 19 de octubre de 2015

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana , así como el voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Jordi Agusti Julia, al que se adhieren los/as Magistrados/as Excmos/as. Sres/as D. Fernando Salinas Molina, Dña. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga y Dña. Rosa Maria Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ