



Roj: **ATS 12279/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:12279A**

Id Cendoj: **28079140012016203274**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2016**

Nº de Recurso: **1002/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Noviembre de dos mil dieciséis.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez

## **HECHOS**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Santa Cruz de Tenerife se dictó sentencia en fecha 13 de agosto de 2014 , en el procedimiento nº 95/2013 seguido a instancia de FEDERACIÓN ESTATAL DE COMERCIO HOSTELERÍA TURISMO Y JUEGO DEL SINDICATO CC.OO. y CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL CANARIA contra **GENSER S.L.** y **BE LIVE HOTELS S.L.U.**, sobre conflicto colectivo, que estimaba la excepción de inadecuación del procedimiento parcial y estimaba en parte la pretensión formulada.

**SEGUNDO.-** Dicha resolución fue recurrida en suplicación por la codemandante FEDERACIÓN ESTATAL DE COMERCIO HOSTELERÍA TURISMO Y JUEGO DEL SINDICATO CC.OO. y la parte demandada, siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife, en fecha 9 de noviembre de 2015 , que estimaba el recurso interpuesto por la parte codemandante y, en consecuencia anulaba la sentencia impugnada, reponiendo los autos al momento anterior a su dictado.

**TERCERO.-** Por escritos de fecha 3 de febrero y 2 de marzo de 2016, se formalizaron por los letrados D. Fernando Vizcaíno del Sas en nombre y representación de **GENSER S.L.** y D<sup>a</sup> Inmaculada Herranz Perlado en nombre y representación de **BE LIVE HOTELS S.L.U.**, recursos de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada.

**CUARTO.-** Esta Sala, por providencia de 10 de octubre de 2016, acordó abrir el trámite de inadmisión por falta de idoneidad de la sentencia de contraste y falta de contradicción. A tal fin se requirió a la parte recurrente para que en plazo de cinco días hiciera alegaciones, lo que efectuó. El Ministerio Fiscal emitió el preceptivo informe en el sentido de estimar procedente la inadmisión del recurso.

## **RAZONAMIENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.-** La sentencia del Tribunal de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, de 9 de noviembre de 2015, Rec. 281/15 , anula la sentencia recurrida, que tenía un doble pronunciamiento. Por una parte, había estimado parcialmente la demanda interpuesta por dos sindicatos y declarado la nulidad de la sucesión de empresas entre **BE LIVE HOTELS S.L.U.** y **GENER, S.L.** por prohibirlo el art. 17 del Convenio colectivo Provincial de Hostelería de Santa Cruz. Por otra parte, admitió la excepción de inadecuación del procedimiento alegada por la empresa, que entendía que no podía sustanciarse la pretensión de declaración de existencia de cesión ilegal a través del procedimiento especial de conflicto colectivo. La Sala de segundo grado anula la de instancia con el fin de reponer las actuaciones al momento anterior de dictarse sentencia, a fin de que se dicte nueva sentencia que entre a conocer sobre el fondo de todas las cuestiones planteadas.



El 18 y 19 de junio de 2012 la empresa **BE LIVE** HOTELS comunicó a los comités de empresa de sus dos centros de trabajo que la actividad propia de servicio de pisos pasaría a ser desempeñada por la mercantil **GENSER** desde 1 de julio de 2012. El 19 de junio de 2012 **BE LIVE** HOTELS lo comunica por escrito a cada uno de los trabajadores. El 30 de junio siguiente **GENSER** comunica a los trabajadores que es la nueva adjudicataria y la aplicación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores. El 1 de julio de 2012 **GENSER** Y **BE LIVE** HOTELS suscriben contrato mercantil para la gestión y el servicio de limpieza de los dos centros de **BE LIVE** HOTELS. Dicho contrato señala las obligaciones de cada una de las empresas que constan en el relato de hechos probados, relato que también indica las circunstancias en las que **GENSER** desarrolla la prestación. Así, en dicho contrato se hace referencia a, entre otras, las cuestiones siguientes: Que **BE LIVE** se compromete a poner a disposición de **GENSER** un espacio para que sus trabajadores lo empleen como vestuario y guardarropa y un local adecuado para depositar la maquinaria necesaria para la prestación de servicios, pues los mismos se prestan en los dos hoteles-centros de trabajo de **BE LIVE**. En el contrato se especifican todas las tareas de apoyo a los dos hoteles en materia de limpieza de **GENSER**. Dicha maquinaria fue vendida por **BE LIVE** a **GENSER** en el propio contrato. Se indica igualmente en el relato fáctico que **GENSER** imparte a los trabajadores subrogados cursos de formación, gestiona las vacaciones, tramita las bajas por incapacidad temporal, abona los salarios, organiza los turnos de limpieza, supervisa las habitaciones y zonas de limpieza y en algún caso le acompaña la dirección de cada uno de los hoteles y sanciona a los trabajadores. Además, la encargada de **GENSER** tiene despacho en cada uno de los hoteles. El personal subrogado por **GENSER** mantiene el uniforme anterior pero con una chapa identificativa de **GENSER**. la maquinaria, utensilios y material son los mismos que utilizaban en **BE LIVE**, como sucede con las instalaciones, pues utilizan el comedor del hotel como el resto de los trabajadores de **BE LIVE** así como la lavandería, aunque manda fuera la limpieza de las sábanas. El mismo 1 de julio **GENSER** comunica a los trabajadores que con motivo de la caducidad del Convenio de Hostelería, pasan a regirse por el de Limpieza de edificios y Locales. El 18 de enero de 2013 se publica en el BOP el Convenio colectivo del sector e Hostelería de la provincia de Santa Cruz con una duración desde 1 de julio de 2012 a 30 de junio de 2015. La federación de Hostelería del sindicato CC.OO y el sindicato Confederación Intersindical Canaria interponen demanda de conflicto colectivo.

La Sala de Suplicación entiende que en el presente caso el proceso de conflicto colectivo es el adecuado para obtener una declaración de existencia de cesión de trabajadores, por cuanto se cumplen los requisitos objetivo y subjetivo que la Jurisprudencia y doctrina judicial de la propia Sala exigen para ello y declara la nulidad de actuaciones en el sentido antes señalado.

**SEGUNDO.-** Disconformes las empresas implicadas, recurren en casación unificadora invocando sendas sentencias de contraste. La empresa **Be LIVE** HOTELS invoca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos de 27 de febrero de 2015, Rec. 5/2014, sentencia frente a la que concurren dos causas de inadmisión por falta de idoneidad, por lo que no se procederá a un análisis de la eventual contradicción con la recurrida. Por una parte, la sentencia se encuentra a fecha del presente recurso recurrida en casación ordinaria en Recurso 232/2015, sin que a la fecha se haya dictado sentencia, por lo que carece de firmeza. Según establecen los artículos 221.3 y 224.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social las sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso [ SSTS 05/12/2013 (R.956/2012), y 04/06/2014 (R. 1401/2013) ]. Así, esta Sala en numerosas resoluciones había ya señalado con relación a la Ley de Procedimiento Laboral anterior que las sentencias de contraste debían de tener la condición de firmes [ SSTS 10/01/2009 (R. 792/2008), 12/07/2011 (R. 2482/2010) ], habiendo sido declarado este requisito conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional en varias sentencias (entre otras, STC 132/1997, de 15 de julio y STC 251/2000, de 30 de octubre), al estar justificado en la necesidad de comparar la sentencia recurrida con otra que contenga doctrina consolidada.

Por otra y en relación con la anterior, se trata de una sentencia dictada en instancia en demanda de conflicto colectivo de ámbito autonómico. La contradicción, que como requisito del recurso de casación para la unificación de doctrina regula el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ha de establecerse con las sentencias que menciona el precepto citado, sin que puedan tenerse en cuenta a estos efectos las sentencias dictadas en instancia. Como la sentencia invocada de contraste no se trata de una sentencia dictada en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, ni de una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ni de alguna a las que refiere el artículo 219.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no resulta idónea para fundamentar el juicio de contradicción, como con reiteración viene declarando esta Sala en SSTS 21/07/2008 (R. 1115/2007), 11/12/2012 (R. 764/12), y AATS 26/11/2013 (R. 169/2013), 28/05/2013 (R. 3092/2012), 06/02/2014 (R. 2125/2013), 27/02/2014 (R. 2444/2013), 04/06/2014 (R. 2410/2013), 03/07/2014 (R. 68/2014) y 09/08/2014 (R. 2992/2013).

**TERCERO.-** El recurso de **GENSER** invoca de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 9 de marzo de 2011, Rec. 77/2011. La sentencia confirma la de instancia que frente a una demanda



declarativa de reconocimiento de cesión ilegal en procedimiento de conflicto colectivo estima la excepción por falta de acción interpuesta por las empresas demandadas. La empresa SERCONSA había suscrito contrato con FMC FORET, S.A., para la prestación de servicios de carga y descarga, almacenamiento de materias primas y productos acabados. En el relato fáctico se da cuenta de cada una de las actividades que los trabajadores de SERCONSA realizan en la fábrica de FMC FORET, en donde se distingue entre los diversos puestos de trabajo. La empresa SERCONSA se dedica a la construcción de obras. La contrata con FMC se ha venido desempeñando mediante diversos contratos desde hace más de veinte años. Todos los trabajadores de SERCONSA prestan servicios para FMC. En mayo de 2010 SERCONSA fue autorizada para extinguir 13 puesto de trabajo. El 16 de junio de 2010 FMC suscribió contrato con la empresa ANTARES SERVICIOS INDUSTRIALES Y PROMOCIONALES S. L. para la prestación de los servicios de envasado, traslados internos de productos, carga de producto acabado y descarga de materias primas. El delegado de personal de la empresa SERCONSA interpuso demanda de conflicto colectivo con el fin de que se declarase que la relación entre FMC y SERCONSA era constitutiva de cesión ilegal de trabajadores y se declarase el derecho de los trabajadores cedidos a integrarse en FMC. Subsidiariamente se solicitaba la declaración de sucesión de empresa entre SERCONSA y ANTARES, debiendo subrogarse esta última en la posición de SERCONSA.

La Sala de segundo grado entiende que la demanda, aun afectando a un grupo genérico de trabajadores, incide sobre derechos individuales de forma directa, tanto en su pretensión principal como en la subsidiaria. Cita sentencias de la Sala IV en las que se indica que las controversias sobre cesión entran en normalmente en lo que la Sala ha considerado como litigios sobre el establecimiento o la valoración de hechos singulares, en relación con las condiciones específicas en que en cada caso se realiza la prestación de trabajo y el ejercicio de los poderes empresariales. Y considera que dicha valoración elimina la concurrencia de interés general que cualifica el procedimiento de conflicto colectivo e impide darle el tratamiento procesal como tal. Insiste en que el derecho que atribuye el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores a adquirir la condición de fijo no se refiere a un derecho genérico o a los intereses generales de un grupo genérico de trabajadores que es el objeto propio del conflicto colectivo. Considera inadecuado el procedimiento porque "se trata de una pretensión sobre valoración de hechos singulares en relación con las condiciones específicas de la prestación de trabajo y el ejercicio de los poderes empresariales, y no sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia o de una decisión o práctica de empresa ( art. 151. LPL)".

El debate que se sustancia en el presente motivo, la posibilidad de articular a través de la modalidad de conflicto colectivo una reclamación en materia de cesión ilegal de trabajadores ha suscitado pronunciamientos de distinto signo, como muestra la jurisprudencia que cada una de las sentencias contrastadas dirime para apoyar su decisión. La admisión o no de la modalidad procesal de conflicto colectivo ha sido, en efecto, una de las más complejas en Derecho procesal laboral. Hasta el punto de que, en no pocas ocasiones, la admisión del mismo ha dependido de la forma de plantear la reclamación, de si la misma consigue que para decidir el magistrado no haya de entrar a analizar las condiciones individuales de los trabajadores que integran el conjunto genérico de trabajadores que es uno de los presupuestos de dicha modalidad. Cuestión distinta a que el derecho en cuestión sea individualizable o ejecutable individualmente. En este sentido, la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción social introdujo una previsión en su artículo 153 hace referencia a que "se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual", añadiendo esta última matización desconocida en el art. 151 de la Ley de Procedimiento Laboral , pero que recogía la jurisprudencia sobre el mismo.

Como se sabe, 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 IV 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 ), 17/06/2014 (R. 2098/2013 ), 18/12/2014 (R. 2810/2012 ) y 21/01/2015 (R. 160/2014 ). Es cierto que cuando en el recurso de casación para la unificación de doctrina se invoque un motivo de infracción procesal, las identidades del art. 219.1 LRJS deben estar referidas a la controversia procesal planteada, debiendo existir para apreciar la contradicción la suficiente homogeneidad entre las infracciones procesales comparadas, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias contrastadas.



En atención a cuanto antecede el análisis de la identidad de las sentencias comparadas, aún con las especialidades que exigen las infracciones procesales, se salda con la inexistencia de contradicción. La razón fundamental es la disparidad de los hechos que las sustentan, en lo que puede estar relacionado con el modo de articular la pretensión en cada una de ellas, pues aunque una y otra se apoyan en leyes diferentes, Ley Reguladora de la Jurisdicción social en la recurrida y Ley de Procedimiento Laboral en la de contraste, las diferencias en su texto legal no son relevantes, por cuanto la ley actual incorporó en este punto la interpretación jurisprudencial de su predecesora. En lo que respecta a los hechos, la sentencia recurrida hace referencia a las condiciones generales de la prestación de servicios de limpieza por parte de los trabajadores de **GENSER** que trabajan en los hoteles **BE LIVE** y no hay mención de situaciones concretas de los trabajadores o del modo de realizar la prestación en los diversos puestos de trabajo. El relato fáctico de la sentencia invocada de contraste, en cambio, detalla las condiciones de trabajo puesto por puesto, sin referencia alguna a unas condiciones generales de desarrollo de la prestación que permitan entender cumplida la exigencia de que se trate de una pretensión que afecte a un grupo genérico de trabajadores.

**CUARTO.-** La empresa **BE LIVE** HOTELS en el trámite de alegaciones rebate la falta de idoneidad de la sentencia invocada de contraste. Señala, con razón, que consta en la certificación aportada la firmeza de la misma, circunstancia que, por habersele inducido a error, habría llevado a una nulidad de actuaciones con el fin de concederle a la parte la posibilidad de aportar una nueva sentencia de contraste idónea. Sin embargo, en este caso no procede dicho trámite por concurrir en la sentencia invocada una segunda causa de falta de idoneidad, que es su condición de sentencia de primera instancia. Considera la recurrente que el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social no contiene dicha exigencia, sin embargo no otra es la referencia en el párrafo primero del citado precepto a las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, en relación con el Fundamento Segundo de esta resolución. Las restantes alegaciones pertenecen más bien al ámbito del debate de fondo sobre la cuestión controvertida, que al del presente recurso, no alterando las precedentes consideraciones sobre la falta de idoneidad de la sentencia invocada.

**QUINTO.-** Tampoco quedan desvirtuadas las consideraciones efectuadas por lo que la empresa **GENSER** esgrime en su escrito de alegaciones, en el que insiste en la identidad sustancial de los supuestos comparados pero sin aportar dato alguno al respecto. Por lo demás, aunque es cierto, como insiste el recurrente, que esta Sala tiene dicho que la identidad entre las resoluciones comparadas no ha de ser absoluta, no lo es menos que resulta consolidada la exigencia de que la misma sea sustancial y, en contra de lo que se sostiene en fase de alegaciones, tal condición no se cumple en el caso de autos.

**SEXTO.-** De conformidad con lo establecido en los artículos 219 y 225 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede declarar la inadmisión del recurso. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 225.5 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se imponen las costas a la parte recurrente y se acuerda la pérdida del depósito constituido.

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

#### LA SALA ACUERDA:

Declarar la inadmisión de los recursos de casación interpuestos por los letrados D. Fernando Vizcaíno del Sas, en nombre y representación de **GENSER** S.L. y D<sup>a</sup> Inmaculada Herranz Perlado en nombre y representación de **BE LIVE** HOTELS S.LU., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife de fecha 9 de noviembre de 2015, en el recurso de suplicación número 281/2015, interpuesto por la FEDERACIÓN ESTATAL DE COMERCIO HOSTELERÍA TURISMO Y JUEGO DEL SINDICATO CC.OO., **GENSER** S.L. y **BE LIVE** HOTELS S.L.U., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Santa Cruz de Tenerife de fecha 13 de agosto de 2014, en el procedimiento nº 95/2013 seguido a instancia de FEDERACIÓN ESTATAL DE COMERCIO HOSTELERÍA TURISMO Y JUEGO DEL SINDICATO CC.OO. y CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL CANARIA contra **GENSER** S.L. y **BE LIVE** HOTELS S.L.U., sobre conflicto colectivo.

Se declara la firmeza de la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Devuélvanse los autos de instancia y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de procedencia con certificación de esta resolución y comunicación.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.