

Roj: **STS 533/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:533**Id Cendoj: **28079140012017100036**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **26/01/2017**Nº de Recurso: **2982/2015**Nº de Resolución: **64/2017**Procedimiento: **Auto de aclaración**Ponente: **JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ CLM 1762/2015,**
STS 533/2017,
ATS 7290/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 26 de enero de 2017

Esta sala ha visto los recursos de casación para unificación de doctrina, interpuestos, respectivamente, por el Letrado Don Tomás Gómez Álvarez, en nombre y representación de la empresa SERUNION, S.A., y por el letrado Don Gonzalo Pérez Guerrero, en nombre y representación de Doña Juliana, contra la sentencia dictada en fecha 3 de junio de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, sede en Albacete, en el recurso de suplicación nº 373/2015, formulado por los ahora recurrentes, frente a la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Albacete, en autos nº 1130/2013, seguidos a instancias de DOÑA Juliana contra CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTES DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA y SERUNION, S.A., sobre reclamación por despido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 19 de septiembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 2 de Albacete dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por Da. Juliana contra Serunion S.A. y Consejería de Educación Cultura y Deporte de la Junta de Comunidades de Castilla - La Mancha, reconociendo la inexistencia de cesión ilegal de trabajadores, y declarando la improcedencia de que ha sido objeto la actora el 26 de junio de 2013, condenando a la mercantil Serunión S.A., a optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, entre la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir hasta la fecha de esta sentencia, o el abono de una indemnización que se cifra en la cuantía de 38.672,02 euros.»

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO: D^a. Juliana mayor de edad, con D.N.I. nº NUM000 vecina de Albacete viene prestando servicios para la mercantil Serunión S.A. desde el día 12 de septiembre de 2011 como trabajadora fija discontinua, con la categoría profesional de ayudante de cocina y salario mensual de 1.300,01 euros, incluida prorrata de pagas extraordinarias; de conformidad con lo previsto en el Convenio Colectivo Provincial de Hostelería. La actora desempeñaba su trabajo en el Comedor del I.E.S. de la Universidad Laboral de Albacete, desde el 7 de enero de 1987.



SEGUNDO: El 24 de agosto de 2011 la Consejería de Educación de la Junta de Comunidades de Castilla - La Mancha adjudicó a la mercantil Serunión S.A. el contrato de servicio de comedor escolar en el I.E.S. Universidad Laboral de Albacete, cuya formalización se produjo el 14 de septiembre de 2011. Por resolución de 20 de septiembre de 2011 de los Servicios Periféricos de Educación Cultura y Deportes de Albacete se hace pública la formalización del referido contrato. Quedando Serunión S.A. subrogada en el contrato de trabajo de la actora, respetando su antigüedad.

TERCERO: En el pliego de cláusulas administrativas particulares de la licitación del servicio se hacia consta en su apartado VI "Ejecución, resolución, modificación del contrato y penalidades", se hace constar en su apartado 6.3: "El plazo de ejecución de la prestación será el que figura en el apartado Ñ) del cuadro anexo, (Días lectivos del curso escolar 2011/12, con posibilidad de prórroga para un curso escolar más). Antes de la finalización de este plazo y si así lo decide la Administración, podrá prorrogarse el contrato por mutuo acuerdo de las partes, siempre que la duración total del contrato incluidas las prórrogas no exceda de dos años, y que las prórrogas no superen, aislada o conjuntamente el plazo fijado originariamente (279 LCSP).

CUARTO: En el Pliego de Prescripciones Técnicas del Servicio de comedor se recoge en el punto 5 "Equipamiento del Comedor Escolar": El centro publico referenciado hace entrega a la empresa adjudicataria del servicio de la instalación de cocina y comedor, así como del equipamiento, electrodomésticos y menaje, con detalle de su estado de uso, conforme se relacionara en el Inventario que se elaborara al inicio de la prestación entre la dirección del centro y la empresa adjudicataria. Será la Empresa a partir de este momento la responsable de la buena utilización de los bienes cedidos.

La conservación del equipamiento y electrodomésticos del comedor escolar, así como la reposición del menaje de cocina será responsabilidad del adjudicatario.

Cuando la empresa finalice el servicio, bien por descanso vacacional o por finalización de su contrato, deberá dejar en perfecto estado el material y los utensilios de las instalaciones del comedor, con el conforme de la Dirección del Centro".

Durante la vigencia del contrato Serunión S.A. únicamente ha adquirido materias primas para la elaboración de los menús, servilletas de papel, y productos de limpieza.

QUINTO: En escrito de 18 de junio de 2013 de la Consejería de Educación., Cultura y Deportes dirigido a la mercantil Serunión S.A. se hace constar: "En relación con el servicio de comedor escolar en el I.E.S. Universidad Laboral de Albacete, cuyo vencimiento es el 31 de agosto de 2013, le comunico que le mencionado servicio no será licitado de nuevo, quedando extinguido a la fecha de finalización del mismo".

SEXTO: El 18 de junio de 2013 Serunión S.A remite a la Consejería de Educación Cultura y Deportes comunicación indicado que "siendo el ultimo día de servicio el 26 de junio de 2013, y tras no haber recibido comunicación por su parte de quien es la nueva empresa adjudicataria del servicio, a efectos de proceder a la subrogación del personal que en este centro presta servicios, y a tenor de lo establecido en el Acuerdo Marco Estatal en su Capitulo X Art. 60 y ss. Adjunto le envío la documentación que relacionamos a continuación de los siguientes trabajadores...."

SÉPTIMO: En comunicación de 28 de junio de 2013 la Conserjería de Educación, Cultura y Deporte indica a la codemandada Serunión S.A.: "Se ha recibido en este Servicio Periférico su escrito de fecha 18 de junio en el cual nos remiten la documentación de los trabajadores adscritos al contrato que esa empresa tiene con nosotros y que finaliza el próximo día 31 de agosto. Por la presente se procede a la devolución de dicha documentación (Se adjunta copia de su escrito) ya que el referido contrato del comedor del I.E.S. Universidad Laboral de Albacete, como ya se le comunico con escrito de fecha 18 de junio, no será licitado de nuevo".

OCTAVO: El 11 de junio de 2013 Serunión S.A. notifica a las trabajadoras la interrupción de la ejecución de contrato de carácter fijo discontinuo con efectos de 26 de junio de 2013, por haber concluido el periodo de actividad para los que fueron ocupados, sin perjuicio de su reanudación siguiente, de acuerdo con lo legal y/o convencionalmente establecido. Documento aportado por la actora, que obra unido a las presentes actuaciones, y en este momento se da por reproducido.

NOVENO: El 12 de junio de 2013 Serunión S.A. notifica a Da. Juliana y al resto de compañeras de trabajo la finalización de su relación laboral por subrogación empresarial con efectos del día 27/06/2013, quedando pendiente la confirmación por parte de la Consejería de Educación Cultura y Deporte de Albacete de la empresa que se hará cargo del servicio de comedor escolar del I.E.S. Universidad Laboral, en el caso de que no lo haga el propio Instituto en Autogestión" Se adjuntan al escrito inicial las citadas notificaciones, que en este momento se dan por reproducidas.



DÉCIMO: La trabajadora ha intentado la preceptiva conciliación ante la UMAC de Albacete el 14 de agosto de 2013, sin efecto por incomparecencia de la demandada, habiendo presentado papeleta de conciliación el día 23 de julio de 2013. Y Reclamación Previa ante la Consejería de Educación Cultura y Deporte de Albacete el 23 de julio de 2013, que ha sido desestimada por resolución de 16 de enero de 2014.

UNDÉCIMO: La demanda fue intentada de forma acumulada encabezada por Da. Rocío , correspondiendo su conocimiento al Juzgado de lo Social nº 3 de los de Albacete, acordándose en dichos autos 1042/2013 la desacumulación, en fecha 19 de agosto de 2013.

DUODÉCIMO: Serunión S.A. facilitaba ropa de trabajo al personal que tenía destinado en el servicio de comedor en el I.E.S. Universidad Laboral de Albacete, abonaba periódicamente las nominas, y obligaciones conexas de cotización a la Seguridad Social, y descuentos con cargo al IRPF, controlaba los permisos y vacaciones de sus operarios. En el citado centro de trabajo actuaba como responsable el Jefe de Cocina, y con una periodicidad de dos o tres semanas, y siempre que las circunstancias lo requiriesen, se presentaba el Jefe de Área de la Empresa. Los menús diarios eran consensuados entre el Jefe de Cocina de Ser Unión y el Jefe de Estudios. En casos de ausencia del Jefe de Cocina el Personal la actora y sus compañeras recibieron en alguna ocasión instrucciones del personal del I.E.S. como las relativas a preparar cinco bandejas mas, elaborar alguna dieta blanda, o en alguna ocasión algún menú especial para alumnos por razones ideológicas, religiosas, o de enfermedad, quejas de que la comida estaba fria, etc.

DÉCIMO TERCERO: No consta que durante la vigencia de este contrato el personal de Serunión S.A. se desplazara a otros centros, o a la Delegación de Educación para servir algún catering.

DÉCIMO CUARTO: En el curso académico 2013/14 la Consejería de Educación Cultura y Deporte ha organizado la realización del servicio de comedor en el I.E.S. Universidad Laboral de Albacete, con personal a su cargo. No consta que se haya producido la contratación para este servicio de la actora ni de ninguno de los trabajadores que realizaban dichas tareas por cuenta de Serunión S.A.

DÉCIMO QUINTO: El 20 de marzo de 2014 se dicta providencia requiriendo a la administración demandada al objeto de que aporte la contestación al interrogatorio que en su día le fue remitido. Tras su presentación, se pone a disposición de los litigantes al objeto de que formulen las pertinentes alegaciones.

DÉCIMO SEXTO: El 28 de julio de 2014 se acuerda requerir al Sr. Director del I.E.S. Universidad Laboral de Albacete para que en el plazo improrrogable de cinco días remita relación del personal que desde el curso académico 2013/14 atiende el servicio de comedor en el I.E.S. Universidad Laboral de Albacete. El 29 de julio de 2014 tiene entrada en el Juzgado Decano de los de Albacete escrito del Servicio Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla - La Mancha, al que se adjunta la relación interesada.

De la citada documentación se ha dado traslado a los litigantes al objeto de que formulen cuantas alegaciones estimaran conveniente.»

TERCERO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la referida sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha/Albacete dictó sentencia con fecha 19 de septiembre de 2014 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que, desestimando los Recursos de Suplicación interpuestos por SERUNIÓN SA y D^a Juliana contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Albacete, de fecha diecinueve de septiembre de dos mil catorce , en los autos nº 1130/13, sobre reclamación por Despido, siendo recurrido CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA LA MANCHA debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS íntegramente la Sentencia de instancia, condenando en costas a la entidad recurrente Serunión, así como a la pérdida del depósito y consignación efectuados para recurrir, y a que abone los honorarios del letrado impugnante, que se fija prudencialmente, en 600 €, a cuyo importe, tratándose de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, se le dará el destino legal correspondiente.

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de SERUNION, SA el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 8 de febrero de 1997, recurso nº 6225/1996 , basándose en un único motivo, al amparo del art. 207.e) de la LRJS , denunciando la infracción del art. 44 ET .

Por la representación letrada de D^a Juliana se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 17 de septiembre de 2010, recurso nº 2236/2010 , alegando la infracción del art. 56 E y la Disposición Transitoria 5^a del R. Dto-Ley 2/2012 de 10 de febrero ; art. 24 del Convenio Colectivo de Hostelería , y las tablas salariales de aplicación, art. 3.5 del ET .



QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 28 de junio de 2016 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formulara su impugnación en el plazo de diez días.

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar improcedente el recurso de la empresa y la desestimación del recurso de la demandante. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el 17 de enero de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - 1. La cuestión esencial que plantea el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto, en primer lugar, por la empresa condenada consiste en determinar quien debe soportar las consecuencias del despido improcedente sufrido por la demandante. No se cuestiona la calificación del despido ni su realidad. El problema estriba exclusivamente en decidir quien debe cumplir las previsiones legales de dicha calificación: a) si ha de ser la que denominaremos "empresa principal", es decir, la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, que no consta haya mantenido relación laboral con la demandante, Ayudante de Cocina, fija discontinua en la empresa saliente, Serunión, SA, titular de la anterior contrata; b) o si, por el contrario, debe ser la citada empresa Serunión que, hasta entonces, había tenido encomendado dicho servicio de comedor, adjudicado por la Consejería en los términos que describen los hechos probados 2º, 3º y 4º de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, inicialmente para el curso 2011/2012, prorrogado luego hasta el 31 de agosto de 2012, pero que, al llegar a su fin, pasó a ser gestionado directamente por personal dependiente de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta.

2. En el caso que analizamos, la trabajadora, tras recibir de Serunión la comunicación de cese de su relación con efectos del día 26 de junio de 2013, demandó por despido y la sentencia de instancia, después de declarar probados los hechos que hemos transcrito en su integridad en los antecedentes de la presente resolución, inmodificados en suplicación, estimó parcialmente su pretensión, rechazó la existencia de cesión ilegal y declaró la improcedencia del despido, absolviendo a la Consejería y condenando a Serunión SA a optar entre la readmisión o la oportuna indemnización (38.672,02 €), con abono de los salarios dejados de percibir hasta la fecha de la sentencia.

La Sala del TSJ, en la sentencia que es ahora recurrida en casación unificadora (STSJ Castilla La Mancha 3-6-2015, R. 373/15), al desestimar los recursos de suplicación interpuestos por la Consejería y por la propia actora (que pretendía la modificación de su salario y, en consecuencia, la de la indemnización por el despido), mantuvo la declaración de improcedencia y confirmó íntegramente la sentencia de instancia.

3. Recurren en casación unificadora tanto la empresa Serunión SA como la demandante: la primera, con amparo en el art. 207.e) LRJS, denunciando únicamente la infracción del art. 44 ET (no de disposición convencional alguna) y proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala del TSJ de Cataluña el 8 de febrero de 1997 (R. 6225/96); la segunda, con el mismo amparo procesal, denuncia esencialmente la infracción del art. 56 ET y de la Disposición Transitoria 5ª del RD-Ley 2/2012, de 10 de febrero, insistiendo en lo que considera un error en la cuantificación del salario y, en consecuencia, de la indemnización establecida, e invocando como sentencia referencial la dictada por el TSJ de Madrid el 17 de septiembre de 2010 (R. 2236/2010).

SEGUNDO - Pese a que esta Sala ha admitido la existencia de contradicción en asunto prácticamente idéntico a éste (STS 9-12-2016, R. 1674/2015), en el que estaban implicadas la misma empresa y la misma institución pública, se recurría otra sentencia igual de la misma Sala de suplicación y, además, la empresa condenada invocaba la misma sentencia referencial (TSJ Cataluña 8-2-1997, R. 6225/96), un nuevo análisis y reconsideración de esa cuestión (la contradicción) nos obliga a modificar aquella conclusión, con el mismo efecto desestimatorio del recurso empresarial, porque entendemos que no se dan los requisitos previstos en el art. 219 LRJS.

En efecto, aunque, ciertamente, es innegable que hay un importante parecido en los hechos, los fundamentos y las pretensiones sometidos al juicio de identidad en las resoluciones comparadas, sin embargo, y al margen de la relativa antigüedad (1997) de la sentencia de contraste, en la que, por razones cronológicas, era imposible que se analizaran los contenidos de la más reciente y determinante doctrina del TJUE al respecto (en la que, por cierto, se decide que "...han de tomarse...en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata...": apartado 24 STJCE 24/1/2002 y apartado 32 STJU 26/11/2015, entre otras), aplicada ya por esta Sala en diversos pronunciamientos (puede verse, por todos, la STS 12-7-2016, R. 349/15), lo verdaderamente cierto y relevante a los efectos que ahora interesan (la contradicción, exclusivamente) es que en la sentencia de contraste concurre un elemento decisivo, ausente en la recurrida, cual es la existencia



de "transmisión de la infraestructura empresarial necesaria para el desempeño de la actividad objeto de la concesión administrativa", lo que hace decir a la sentencia referencial, siendo esa la principal razón de su pronunciamiento, que "dándose esta circunstancia, la subrogación opera con independencia de que se adjudique el servicio a un nuevo concesionario, o lo asuma directamente la propia Administración, e incluso cuando se acuerde por la misma su supresión teniendo la posibilidad de continuar" (FJ 3º de la sentencia de contraste).

Nada de eso sucede en el caso de autos, en el que, aunque el servicio de comedor revierte a la empresa principal, no consta que la cesionaria transmitiera a ésta último elemento material o personal alguno.

Es por ello, en fin, que entendemos ahora que no concurren los requisitos del art. 219 LRJS y, por tanto, que el recurso empresarial, que pudo haberse inadmitido en su día, debe ser desestimado en este momento procesal, sin que, en lo material, esta variación en la apreciación de la contradicción suponga un trato diferente respecto a las partes implicadas en el proceso finalizado con nuestra reciente sentencia del 9-12-2016 porque, en definitiva, -insistimos- aquél precedente finalizó, como éste, con el mismo signo desestimatorio. La ausencia de contradicción ha sido apreciada por la Sala en supuestos análogos al presente, como puede verse, entre otras, en nuestra STS4ª 17/5/2016, R. 2701/16 .

TERCERO .- 1. El recurso de la demandante, que también pudo haberse inadmitido en su momento, tampoco puede prosperar ahora por falta de contradicción entre las sentencias sometidas al juicio de identidad, tal como requiere el art. 219 LRJS y como igualmente sostiene el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal.

En efecto, la resolución citada de contraste (TSJ Madrid 17-9-2010, R. 2236/2010) estimó en parte el recurso de suplicación del trabajador y revocó en igual medida la sentencia de instancia, estableciendo una nueva cantidad por la indemnización derivada de la extinción contractual, al entender que el Juez *a quo* había incurrido en un error *in iudicando* porque, pese a que el demandante, en el hecho primero de su escrito rector, señalaba que su salario era "sin inclusión de las pagas extras", y luego la sentencia de instancia computaba, equivocadamente al parecer, tales pagas, la razón argumentada por la Sala para acceder a la rectificación cuantitativa de la indemnización, al margen de que también sostenga certeramente que aquella constituya un mínimo de derecho necesario absoluto, estriba sobre todo en que, en aquél caso, la empresa no cuestionó la pretensión revisora formulada por el trabajador porque, según decía, "no se ha opuesto a ella al no impugnar el recurso de suplicación; y si la cuantía que figura en la demanda rectora de autos como salario regulador entraña una patente equivocación de la que no fue oportunamente advertido el trabajador, al menos en lo que atañe a fijar el salario con inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias, y que, por ello, no puede perjudicarle, el motivo...debe acogerse..." (FJ 13º).

Es más, la contradicción no puede apreciarse porque, como advierte la propia resolución ahora recurrida cuando valora la sentencia de contraste, invocada ya en el recurso de suplicación por la aquí demandante, la Sala de Madrid justifica la modificación del salario del actor en lo que considera como "un palmario defecto a la hora de redactar la demanda, ya que en ella sólo se establece el montante salarial sin incluir la prorrata de pagas extraordinarias y, además, en su cuantía neta" (FJ 9º), siendo una cuestión jurídica la determinación final del salario regulador de la indemnización "salvo que se trate de hecho conteste"; en nuestro caso, lo que se pretendió en suplicación fue la modificación del hecho probado primero y, como consecuencia de ello, la del importe de la indemnización establecida, fundándose aquella primera modificación en el examen de las nóminas de los últimos doce meses. La sentencia aquí recurrida, a diferencia de lo que sucedía en esa sentencia referencial, desestimó de forma expresa ese motivo de revisión fáctica porque no se había producido error alguno en la valoración de la prueba y, en consecuencia, desestimó así mismo el motivo de la denuncia jurídica.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por la mercantil SERUNIÓN, S.A. y por doña Juliana contra la sentencia dictada el 3 de junio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en recurso de suplicación nº 373/2015 , con imposición de las costas a la empresa recurrente en aras a lo preceptuado en el artículo 235 de la LRJS , así como la pérdida del depósito constituido para recurrir, debiendo darse a las consignaciones el destino que legalmente proceda, y sin costas respecto al recurso de la trabajadora demandante.

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

Así se acuerda y firma.