

Roj: **STS 635/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:635**Id Cendoj: **28079140012017100052**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **26/01/2017**Nº de Recurso: **3847/2015**Nº de Resolución: **63/2017**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 26 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para unificación de doctrina, interpuesto por el Letrado Don Tomás Gómez Álvarez, en nombre y representación de SERUNION, S.A., contra la sentencia dictada en fecha 26 de octubre 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 786/15, formulado por la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, frente a la sentencia de fecha dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Albacete, en autos nº 1041/13, seguidos a instancias de DON Fulgencio contra SERUNION, S.A. y CONSEJERIA DE EDUCACION, CULTURA Y DEPORTES DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA, sobre reclamación por despido. Se han personado como parte recurrida la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, representada por el Procurador Don Francisco Velasco Muñoz-Cuéllar, y el Letrado Don Gonzalo Pérez Guerrero, en nombre de Don Fulgencio.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de junio de 2014 el Juzgado de lo Social nº 3 de Albacete dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que estimando parcialmente la demanda formulada por Da. Felisa, asistida del letrado D. Gonzalo Pérez Guerrero, frente a la mercantil SERUNIÓN, S.A., asistida del letrado D. Tomás Gómez Álvarez, y frente a la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTES DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA, asistida de la letrada Da. Antonia Moreno González, **DEBO DECLARAR Y DECLARO LA IMPROCEDENCIA** del despido del que ha sido objeto la actora y, en consecuencia, debo condenar y condeno a esta última a estar y pasar por la anterior declaración, debiendo optar, en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, entre la readmisión o el abono de la indemnización en la cantidad de 7.958,19 euros, con abono, en caso de readmisión, de los salarios de tramitación legalmente procedentes, absolviendo a la empresa codemandada "Serunió, S.A." de las pretensiones deducidas en su contra.»

En fecha 7 de julio de 2014 se dictó auto de aclaración de la referida sentencia, en cuya parte dispositiva se dice: "DISPONGO: Aclarar la sentencia dictada con fecha en los siguientes términos: "en el Fallo donde dice Dª Felisa, debe decir: D. Fulgencio".

En fecha 17 de octubre de 2014 se dictó auto de aclaración de la referida sentencia, en cuya parte dispositiva se dice: "Procede la aclaración del fundamento jurídico segundo de la Sentencia recaída en el presente procedimiento en el sentido de que donde dicen que los días a computar serían 243,75, resultando así una indemnización por importe de 7.958,19 euros" debe decir que "los días a computar serían 813,75, resultando así una indemnización por importe de 48.284,39 euros", y consecuentemente, en el fallo de la referida sentencia debe hacerse constar esta cuantía de **48.284,39 euros** como importe de la indemnización por despido.



En fecha 21 de enero de 2015 se dictó auto de aclaración de la referida sentencia en cuya parte dispositiva se dice: "Procede la rectificación del Hecho Probado Primero de la sentencia recaída en el presente procedimiento de tal manera que donde dice "con antigüedad de 12/09/2011" debe decir "con una antigüedad de 09/10/1989".

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

«PRIMERO.- D. Fulgencio, provisto con DNI nº NUM000, ha venido prestando sus servicios como trabajador fijo discontinuo para la mercantil SERUNION, S.A. en el I.E.S. "Universidad Laboral", sito en Avda. Castilla La Mancha s/n de la localidad de Albacete, dependiente de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, con una antigüedad de 12/09/2011 y categoría profesional de Jefe de cocina, a jornada completa, percibiendo por ello un salario mensual por importe de 1.780,07 euros, incluida prorrata de pagas extraordinarias, según el Convenio Colectivo de Hostelería de la provincia de Albacete, el cual era abonado mensualmente mediante transferencia bancaria.

SEGUNDO.- Mediante contrato de fecha 14 de septiembre de 2011 la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha concertó con la empresa "Serunion, S.A." la prestación del servicio de comedor escolar en el I.E.S. Universidad Laboral de Albacete durante todos los días lectivos del curso escolar 2011/2012. Con fecha 31 de agosto de 2012 la Consejería, previa conformidad de la contratista, acordó prorrogar el contrato hasta el 31 de agosto de 2013.

TERCERO.- Con fecha 26 de junio de 2013 la empresa demandada notificó al actor la finalización de su relación laboral con efectos del día siguiente, por subrogación empresarial, al haber llegado a su fin el contrato de arrendamiento de servicios suscrito entre "Serunion, S.A." y la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, "quedando pendiente la confirmación por parte de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de Albacete, de la empresa que se hará cargo del servicio de comedor escolar del IES Universidad Laboral en el caso de que no lo haga el propio Instituto en autogestión".

CUARTO.- Mediante comunicación de fecha 18 de junio de 2013 la empresa "Serunion, S.A." comunicó a la Consejería el listado de personal de la citada mercantil adscrito a la actividad de comedor del IES Universidad Laboral de Albacete, así como la documentación laboral relativa al mismo a los efectos de subrogación empresarial, siendo devuelta la citada documentación por la Consejería ya que dicho servicio de comedor no iba a ser licitado de nuevo.

QUINTO.- Finalizado el contrato, "Serunion, S.A." entregó a la Administración las instalaciones de cocina con todos los equipos, mobiliarios, menaje y demás elementos que en la misma se encontraban y que en su día fueron puestos a disposición de "Serunion, S.A." para la prestación del servicio de comedor concertado conforme a la cláusula quinta del Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato suscrito por las partes.

SEXTO.- D. Fulgencio se personó en las instalaciones de cocina de I.E.S. Universidad Laboral de Albacete a las 08:00 horas del día 17 de septiembre de 2013, encontrándose con que el servicio de comedor había pasado a gestionarse directamente por medio de personal propio dependiente de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes.

SÉPTIMO.- Formulada reclamación administrativa previa por la actora mediante escritos de fecha 23 de julio y 30 de septiembre de 2013, las mismas fueron inadmitidas mediante Resolución de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de fecha 16 de enero de 2014 "dada la ausencia de vinculación laboral de la reclamante con esta Consejería".

OCTAVO.- La trabajadora no ha ostentado en el año anterior al despido la condición de representante legal de los trabajadores.

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 26 de octubre de 2015, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando los recursos de suplicación interpuesto por la representación de la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTES, y de D. Fulgencio, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Tres de Albacete, de fecha 27 de junio de 2014, en Autos nº 1.041/13, sobre Despido, siendo recurrido SERUNIÓN, SA, declaramos revocando la sentencia: 1.-Que estimando el recurso interpuesto por la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, debemos declarar y declaramos la inexistencia de sucesión empresarial, y debemos de absolver y absolvemos a la condenada. 2.-Debemos condenar y condenamos a la demandada Serunión, SA, a que a su elección podrá readmitir al trabajador o indemnizarle en la suma de 55.709,32 euros.»

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de SERUNION, S.A., 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 2 de febrero de 1997, recurso nº 6225/1996, basándose en un único motivo, al amparo de lo dispuesto en el art. 207,e) de la LRJS, y denunciando la infracción del art. 44 del E.T.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 1 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. 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 que plantea el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar quien debe soportar las consecuencias del despido improcedente sufrido por el demandante. No se cuestiona la calificación del despido ni su realidad. El problema estriba exclusivamente en decidir quién 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 el demandante, Jefe de Cocina a jornada completa en la empresa saliente, Serunion, SA, titular de la anterior contrata; b) o si, por el contrario, debe ser la citada empresa Serunion que, hasta entonces, había tenido encomendado dicho servicio de comedor, adjudicado por la Consejería en los términos que describen los 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, el trabajador, 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 y declaró la improcedencia del despido, absolviendo a la Consejería y, absolviendo a Serunion SA, condenó a la Consejería a optar entre la readmisión o la oportuna indemnización.

Por el contrario, la Sala del TSJ, en la sentencia que es ahora recurrida en casación unificadora (STSJ Castilla La Mancha 26-10-2015, R. 786/15), al estimar los recursos de suplicación interpuestos por la Consejería y por el propio actor, mantuvo la declaración de improcedencia pero, aunque rectificó al alza la indemnización alternativa del trabajador y en tal sentido acogió favorablemente el recurso de éste, declaró la inexistencia de sucesión empresarial, absolviendo a la recurrente y condenando a Serunión a que ejercitara aquella misma opción.

3. El recurso de casación unificadora se formula por Serunion SA al amparo del 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).

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 última 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.

FALLO

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

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil SERUNIÓN, S.A. contra la sentencia dictada el 26 de octubre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en recurso de suplicación nº 786/2015, 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.

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

Así se acuerda y firma.