



Roj: **STS 4765/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4765**

Id Cendoj: **28079140012017100950**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2017**

Nº de Recurso: **4230/2015**

Nº de Resolución: **1012/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 11352/2015,**  
**STS 4765/2017**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4230/2015

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Social**

##### **Sentencia núm. 1012/2017**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D.<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D.<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 15 de diciembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Juan Antonio Luque Martínez, en nombre y representación de Facto Almeriense de Construcciones SA y Servicios Geriátricos de Almería SL Unión Temporal de Empresas (UTE Residencia de Mayores Vega de Aca), contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, de fecha 9 de septiembre de 2015, recaída en el recurso de suplicación núm. 1505/15, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Almería, dictada el 25 de julio de 2014, en los autos de juicio núm. 634/12, y aclarada por auto de fecha 8 de octubre de 2014, iniciados en virtud de demanda presentada por D.<sup>a</sup> Graciela, contra ASISTTEL, Servicios Asistenciales S.A., y Servicios Geriátricos de Almería S.L. (Grupo GERAL), sobre despido.

Han sido partes recurridas D.<sup>a</sup> Graciela, representada por el letrado D. Fulgencio Mañas Vallejo y ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES S.A., representada por la letrada Rosa M.<sup>a</sup> Lara Fernández.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Con fecha 25 de julio de 2014, el Juzgado de lo Social nº 2 de Almería, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que, estimando la demanda interpuesta por D.ª Graciela frente a la empresa UTE Facto Almeriense de Construcciones y Obras Públicas, S. A., debo declarar y declaro improcedente el despido de la actora, condenando a la demandada, en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la sentencia, a optar entre readmitirle en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o, alternativamente, a que le abone la cantidad de 17497,55 €, debiendo, en caso de readmisión, abonar a la actora los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la readmisión del trabajador, o, en su caso, la extinción de la relación laboral, absolviendo de las peticiones de la actora al resto de los codemandados. Se estima la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por Asisttel Servicios Asistenciales, S. A.».

Dicha sentencia fue aclarada por auto de fecha 8 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: «Aclarar la sentencia en las líneas 2 y 3 del fallo de la sentencia, haciéndose constar que, **en lugar** de UTE Facto Almeriense de Construcciones y Obras Públicas, S. A **debe decir** UTE FACTO ALMERIENSE DE CONSTRUCCIONES Y OBRAS PUBLICAS S.A Y SERVICIOS GERIATRICOS DE ALMERÍA S.L ( UTE RESIDENCIA DE MAYORES VEGA DE ACA ) y dejando subsistente todo lo demás.»

Asimismo no ha lugar a la aclaración a lo solicitado en el punto segundo ya que no se aprecia ningún error.»

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: «I.- La parte actora ha venido prestando sus servicios en la empresa demandada Asisttel Servicios Asistenciales, S. A., la cual se dedica a la actividad de servicios asistenciales, desde el día 2-VI-03, con la categoría profesional de Psicóloga, y ha percibido un salario diario de 44,13 €, sin ostentar cargo de representación sindical alguno. Los servicios prestados por la actora han tenido lugar en el periodo comprendido desde el día 2-VI-03 hasta el día 31-11-12. II.-La relación laboral que vinculaba a la actora y a la demandada consistió en un contrato de duración indefinida. La relación de trabajo se venía desarrollando dentro del programa de estancias diurnas para personas mayores del Centro UED Hogar Uno. Este programa se llevaba a cabo por la codemandada Asisttel, y tenía una duración determinada con prórrogas anuales, que al final pasaron a ser mensuales. El programa era el resultado de un contrato celebrado entre la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y Asisttel Servicios Asistenciales, S. A. para la prestación de servicios del programa de estancia diurna para personas mayores el día 1-11-09. Este servicio se prestaba en el Centro UED Hogar Uno, para un total de 49 plazas para personas mayores en régimen de media pensión y transporte. El contrato quedó sin efecto el día 31-11-12, por comunicación realizada por la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, que se acompaña como documento número diez por Asisttel, y que se da igualmente por reproducida. Esta comunicación tuvo lugar el día 27-11-12. Con anterioridad, representantes de Asisttel tuvieron relaciones con la Agencia Andaluza de Servicios Sociales de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, pero no consta que se les especificara la fecha en la que iba a tener lugar la finalización de los servicios, por lo que se atiende a la comunicación escrita para tener por acreditada la fecha de la comunicación. En esta comunicación se hace constar que las prórrogas mensuales han tenido por objeto el traslado de los usuarios a un nuevo centro. Los usuarios del centro fueron trasladados al Centro UED para mayores Virgen de la Esperanza. III.- La codemandada Asisttel dio de baja a la trabajadora el día 31-11-12 por subrogación empresarial. Ese mismo día la empresa Asisttel envió a la UTE codemandada la documentación correspondiente a los trabajadores que prestaban sus servicios en el Centro UED Hogar Uno. Concretamente, la documentación que entregó Asisttel a la UTE consistió en certificado de situación de cotización de Asisttel Servicios Asistenciales, S. A., cuadro relativo a la totalidad de la plantilla a subrogar, contratos de trabajo de duración determinada, comunicación de ampliación o disminución de jornada, prórrogas de contratos de trabajo y comunicación de conversiones de contratos temporales en indefinidos, así como los contratos de trabajo, tanto de duración determinada como indefinidos, de trabajadoras que estaban en situación de excedencia. También se entregaron nóminas correspondientes a los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2011 y enero y febrero de 2012, así como impresos modelos TC 1 y TC2 de la Seguridad Social correspondiente a los periodos de liquidación de julio de 2011 a febrero de 2012, ambos inclusive. A esta documentación se acompañó la relación de los trabajadores, con su DNI, fecha de nacimiento y dirección. La empresa Asisttel entregó certificación a la trabajadora de su baja, en la que constaba que había tenido lugar una subrogación de empresa. No hay constancia de que la trabajadora tuviera conocimiento de cuál era la empresa que se subrogaba en el servicio. IV.- El día 28-11-12 se celebró contrato de gestión, en la modalidad de concierto, entre la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía y la UTE Residencia de Mayores Vega de Acá, para el servicio de Centro de día para personas mayores en situación de dependencia en Vega de Acá (Almería). La UTE Residencia de Mayores Vega de Acá se dedica a la actividad de asistencia en establecimientos residenciales. Con fecha 29-VI-12 se concedió autorización definitiva de funcionamiento del Centro UED para mayores Virgen de la Esperanza, sito en la calle Miguel de Molina, sin Número, en la Vega de Acá, localidad de Almería. Este centro es dependiente de la UTE Residencia de Mayores Vega de Acá. El contrato de fecha 28-11-12 tiene por objeto



regular las relaciones entre la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía y la UTE Residencia de Mayores Vega de Acá, para la gestión de 45 plazas del Servicio de Día para personas mayores en situación de dependencia y veinte plazas en Centro de Día para fines de semana y festivo, en el Centro Virgen de la Esperanza. En dicho contrato se hace constar que la agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía en la actualidad, no cuenta con los recursos humanos y materiales suficientes para acometer la gestión directa del Servicio de Centro de Día para personas mayores en situación de dependencia en Vega de Acá, en Almería, por lo que se hace necesaria la gestión del servicio con otra entidad que cuente con los medios necesarios para llevar a cabo dicha gestión. La UTE Residencia de Mayores Vega de Acá y la UTE Facto Gerial son la misma empresa. V.- La codemandada UTE Facto Gerial ha contratado a la mayoría de los trabajadores que prestaban sus servicios para Asisttel en el Centro UED Hogar Uno. VI.- Se celebró acto de conciliación el día 24-IV-12, con el resultado de intentado sin avenencia.»

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, la representación letrada de la UTE Facto Almeriense de Construcciones y Obras Públicas SA y Servicios Geriátricos de Almería SL (UTE Residencia de Mayores Vega de Aca), formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, dictó sentencia en fecha 9 de septiembre de 2015, recurso 1505/2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por **FACTO ALMERIENSE DE CONSTRUCCIONES Y OBRAS PUBLICAS SA Y SERVICIOS GERIATRICOS DE ALMERÍA SL. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS C.B** contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social -núm. DOS DE LOS DE ALMERÍA, en fecha 25 de Julio de 2014 , en Autos núm. 634/12, seguidos a instancia de DOÑA Graciela , en reclamación sobre **DESPIDO**, contra ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES SA, UTE FACTO ALMERIENSE DE CONSTRUCCIONES Y OBRAS PUBLICAS S. A Y SERVICIOS GERIATRICOS DE ALMERÍA S.LO UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, FACTO ALMERIENSE DE CONSTRUCCIONES Y OBRAS PUBLICAS SA, SERVICIOS GERIATRICOS DE ALMERÍA SL Y AGENCIA ANDALUZA DE SERVICIOS SOCIALES DE LA CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y EL BIENESTAR SOCIAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida.

Debiéndose abonar los honorarios del letrado opositor en la suma de 300 euros.»

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, el letrado D. Juan Antonio Luque Martínez, en nombre y representación de Facto Almeriense de Construcciones SA y Servicios Geriátricos de Almería SL Unión Temporal de Empresas (UTE Residencia de Mayores Vega de Aca), interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 27 de enero de 2012, recurso 5877/2011, y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 15 de julio de 2013, recurso 1377/2012 .

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES S.A., se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de desestimar íntegramente el recurso formulado.

**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo el día 14 de diciembre de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-1.-** El Juzgado de lo Social número 2 de los de Almería dictó sentencia el 25 de julio de 2014 , autos número 634/2012, estimando la demanda formulada por DOÑA Graciela contra ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES SA, UTE FACTO ALMERIENSE DE CONSTRUCCIONES Y OBRAS PÚBLICAS SA y SERVICIOS GERIÁTRICOS DE ALMERÍA SL (UTE RESIDENCIA DE MAYORES VEGA DE ACÁ sobre DESPIDO, declarando improcedente el despido de la actora, condenando a la demandada, en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la sentencia, a optar entre readmitirle en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o, alternativamente, a que le abone la cantidad de 17497,55 €, debiendo, en caso de readmisión, abonar a la actora los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la readmisión del trabajador, o, en su caso, la extinción de la relación laboral, absolviendo de las peticiones de la actora al resto de los codemandados. Se estima la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por Asisttel Servicios Asistenciales, S. A. Dicha sentencia fue aclarada por auto de 8 de octubre de 2014, en el sentido de que **en lugar** de UTE Facto Almeriense de Construcciones y Obras Públicas, S. A **debe decir** UTE FACTO ALMERIENSE DE CONSTRUCCIONES Y OBRAS PUBLICAS S.A Y SERVICIOS GERIATRICOS DE ALMERÍA S.L (UTE RESIDENCIA DE MAYORES VEGA DE ACA).

Tal y como resulta de dicha sentencia, la actora ha venido prestando servicios para Asisttel Servicios Asistenciales SA, dedicada a la actividad de servicios asistenciales desde el 2 de junio de 2003, con la categoría de psicóloga, dentro del programa de estancias diurnas para personas mayores del centro UED Hogar Uno. El



Programa se realizaba en virtud de un contrato existente entre la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y la empresa Asisttel Servicios Asistenciales SA. El 31 de marzo de 2012 por comunicación realizada por la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía quedó sin efecto el contrato. El día 31 de marzo de 2012 la empresa dio de baja a la trabajadora por subrogación de la nueva empresa. El 28 de marzo de 2012 se celebró contrato de gestión, en la modalidad de concierto entre la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía y la UTE Residencia de Mayores Vega de Acá para el servicio de centro de Día para personas mayores en situación de dependencia.. Los usuarios del centro UED Hogar Uno fueron trasladados al centro UED para mayores Virgen de la Esperanza, remitiendo la empresa Asisttel a la UTE la documentación correspondiente a los trabajadores que prestaban servicios en el centro UED Hogar Uno. Las relaciones entre la trabajadora y las empresas se rigen por el Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal. La UTE Residencia de Mayores Vega de Acá y la UTE Facto Gerial son la misma empresa. Esta última ha contratado a la mayoría de los trabajadores que prestaban sus servicios para Asisttel en el centro UED Hogar Uno.

2.- Recurrida en suplicación por el Letrado D. Juan Antonio Luque Martínez, en representación de UTE FACTO ALMERIENSE DE CONSTRUCCIONES Y OBRAS PÚBLICAS SA y SERVICIOS GERIÁTRICOS DE ALMERÍA SL (UTE RESIDENCIA DE MAYORES VEGA DE ACÁ), la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, dictó sentencia el 9 de septiembre de 2015, recurso número 1505/2015 , desestimando el recurso formulado.

La sentencia entendió que como reconocen en definitiva tanto recurrente como recurrida, sobre supuesto análogo al de la litis respecto de otros compañeros de la hoy demandante, se ha pronunciado ya esta Sala efectivamente, entre otros al resolver los recursos de suplicación 1445, 1446 y 1447/14, a cuyo criterio ha de estarse por evidentes razones de seguridad jurídica y al no haberse constatado otros presupuestos fácticos que justifiquen lo contrario. En la sentencia de 24 de septiembre de 2014, recurso 1446/2014 , respecto al primer motivo del recurso -vulneración del artículo 63 del V Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal - se contiene el siguiente razonamiento: "La recurrente afirma haber cumplido los requisitos exigidos en dicho precepto convencional, según el hecho probado tercero, luego la falta de subrogación de la UTE Facto Gerial, en la actora supuso un despido improcedente según el mencionado art. 63 del mencionado V Convenio, cuyas consecuencias deben ser exclusivamente asumidas por dicha UTE. Dicho precepto no exige que la contrata deba ser efectuada en las mismas instalaciones de la empresa, tanto saliente como entrante. Estando ante un supuesto de subrogación por convenio, no de sucesión por la vía del artículo 40 del ET , e invoca la STSJ Cantabria de 28-03-2008 (Rec 243/2008 ).

Censura que no puede ser compartida, pues la subrogación convencional interesada, exige la gestión mediante contrata, lo que no se ha producido, pero además se desprende de dicho precepto, que el servicio se preste en el mismo centro (art. 63.1.d), lo que tampoco concurre, por lo que dicho motivo debe ser desestimado".

La sentencia continúa razonando que es de aplicación lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre sucesión de plantillas. Razona que "lo trascendente es la existencia de transmisión de una entidad económica organizada, o en su caso, solo de una plantilla o mano de obra de una empresa saliente a otra entrante, con motivo de la adjudicación de unos servicios sociales a un particular que deben ser prestado por un tercero, en este caso, la Junta de Andalucía.

Por otro lado, el hecho de que se haya cerrado el centro donde anteriormente desarrollaba el servicio la empresa Asisttel Servicios Asistenciales SA, y que ahora se preste en unas nuevas instalaciones distintas a aquellas, por la empresa UTE Facto Gerial, no implica que la actividad principal desempeñada antes y ahora haya cambiado (atención y cuidado de personas mayores), sin perjuicio de que los métodos organizativos sean distintos, como distintas son las empresas que prestaban el servicio.

Del hecho probado primero, en relación con el segundo y quinto en su redacción definitiva, queda constatado en definitiva, que fueron trasladadas la práctica totalidad de las personas usuarias en situación de dependencia, del antiguo centro al nuevo, y por lo tanto, para la prestación de la misma actividad o servicio que venían recibiendo, con motivo de que la Administración, no contaba con medios materiales ni humanos, para la prestación directa de aquel servicio asistencial. La esencia de la controversia, reside por tanto en determinar, sí la atención y cuidado de personas de la tercera edad, esencialmente descansa en la mano de obra, o es necesario, material e instalaciones importantes para desarrollar dicho servicio.

En la asistencia de personas dependientes constituye el elemento básico y esencial, el personal que presta sus servicios, siendo en consecuencia accesorio los elementos materiales, debido a la intrínseca naturaleza del servicio que se presta, atendiendo a las circunstancias específicas de los usuarios que reciben dicho



servicio, al ser por regla general personas de avanzada edad, que en su gran mayoría son dependientes o gran dependientes”.

**3.** - Contra dicha sentencia se interpuso por el Letrado D. Juan Antonio Luque Martínez, en representación de UTE FACTO ALMERIENSE DE CONSTRUCCIONES Y OBRAS PÚBLICAS SA y SERVICIOS GERIÁTRICOS DE ALMERÍA SL (UTE RESIDENCIA DE MAYORES VEGA DE ACÁ), recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, para el primer motivo del recurso, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 27 de enero de 2012, recurso número 5877/2011 y, para el segundo motivo, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 15 de julio de 2013, recurso 1377/2012 .

La letrada Doña Rosa María Lara Fernández, en representación de ASISTEL SERVICIOS ASISTENCIALES SL, parte recurrida, ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser desestimado por no concurrir el requisito de la contradicción entre la sentencia recurrida y las invocadas como contradictorias.

**SEGUNDO.-1.-** Procede el examen de la sentencia de contraste, invocada para el primer motivo del recurso, para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

**2.-** La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 27 de enero de 2012, recurso número 5877/2011 , estimó el recurso de suplicación interpuesto por Inversiones Brofar SL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Mataró, autos 42/2011, seguidos a instancia de Filomena y Ramona , en reclamación por despido, contra las empresas Inversiones Brofar SL (Associació) Acció Hospitalaria y el Ayuntamiento de Tiana, condenando a (Associació) Acció Hospitalaria a las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido establecidas en la resolución recurrida, con la salvedad de que los salarios de tramitación se devengarán hasta la fecha de notificación de la sentencia, absolviendo a las codemandadas de las pretensiones contenidas en la demanda en su contra formulada.

Consta en dicha sentencia que las actoras han venido prestando servicios para la empresa Acció Hospitalaria, con la categoría de cuidadoras, en el centro de trabajo Centro de día del Casal Anselm Clavé de Tiana.. La citada empresa es la concesionaria del servicio del citado Centro de Día del que es titular el Ayuntamiento. Mediante comunicación de 1 de octubre de 2010 el Ayuntamiento de Tiana notifica a la empresa Acció Hospitalaria que se extingue la concesión y que los trabajadores que prestan servicios en dicho Centro se incorporarán a la Residencia Centro de día Municipal San Cebría y serán subrogados por Inversiones Brofar SL. El 1 de diciembre de 2010 las actoras no pudieron acceder al centro de trabajo de Inversiones Brofar SL, al negarles la entrada esta empresa. La mercantil INVERSIONES BROFAR S.L. y el AYUNTAMIENTO DE TIANA formalizaron en fecha 23 de febrero de 2006 contrato administrativo de adjudicación de la concesión de obra pública cuyo objeto es la Construcción, Conservación y Explotación de un edificio destinado a Hogar- Residencia para personas mayores y Centro de Día. Dicha obra terminó en fecha 30 de julio de 2010 según acta de finalización de obra. La citada empresa desde diciembre de 2010 gestiona el servicio Hogar-Residencia para personas mayores de Día sito en la C/ Camí dels Francesos en el que se ha integrado el servicio prestado en el Centre de día Carrer Anselm Clavé en el que prestaban servicios las demandantes. El Centro de día Carrer Anselm Clavé se cerró por integración en el nuevo Centro del servicio municipal prestado por concesión administrativa por ACCIO HOSPITALARIA, donde trasladaron a las personas que recibían dicho servicio. La empresa Inversiones Bofar no se ha subrogado en los contratos de trabajo del personal de la anterior empresa.

La sentencia entendió que a estos efectos, es necesario remarcar que la subrogación de las actoras o del personal que prestaba servicios en la empresa (ASSOCIACIÓ) ACCIÓ HOSPITALÀRIA no se impone en el pliego de condiciones del concurso ganado por la empresa recurrente relativo a la construcción, conservación y explotación de un edificio destinado a hogar-residencia para personas mayores y centro de día, sin que, finalmente, dicha subrogación venga impuesta por el convenio colectivo de aplicación - art. 63 del V Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal -, por cuanto no nos encontramos al término de la concesión de una contrata y al no haberlo entendido así la Magistrada "a quo" se produjo la infracción denunciada por lo que la sentencia habrá de revocarse previa la estimación del recurso interpuesto por la empresa INVERSIONES BROFAR, S.L.

**3.** - El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS ) exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.



Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTs 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013) y 17/06/2014 (R. 2098/2013).

Entre la sentencia recurrida y la de contraste no concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS.

En efecto, si bien ambos supuestos presentan evidentes similitudes, al haber llegado las sentencias comparadas a idéntico resultado, no concurre el requisito de la contradicción. En ambas sentencias se trata de trabajadoras que prestan servicios asistenciales en empresas que son contratadas por la Administración para la prestación de dichos servicios, rigiéndose sus relaciones laborales por el Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal, extinguiéndose el contrato y pasando la Administración a suscribir un nuevo contrato con otra empresa. La empleadora de las trabajadoras les comunica que van a pasar a prestar servicios a la nueva empresa y que esta se subrogará en todos los derechos y obligaciones existentes, negándose en ambos casos la nueva empresa a subrogarse.

La sentencia recurrida se remite a lo resuelto en las sentencias de la misma Sala, recursos 14455, 1446 y 1447/2014, en los que, ante la invocación por la recurrente Asistel Servicios Asistenciales SA de que la sentencia de instancia ha infringido el artículo 63 del V Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal, desestima dicho motivo de recurso razonando que la subrogación convencional exige la gestión mediante contrata, lo que no se ha producido y además exige que el servicio se preste en el mismo centro, lo que tampoco concurre. El artículo 63 del Convenio establece que al término de la concesión de una contrata, el personal adscrito a la empresa saliente, de manera exclusiva en dicha contrata, pasará a estar adscrito a la nueva empresa titular de la contrata, quien se subrogará en todos los derechos y obligaciones que tuvieran reconocidos en su anterior empresa.

La sentencia de contraste entiende que no es de aplicación el precitado artículo 63 del Convenio ya que no nos encontramos al término de la concesión de una contrata.

En definitiva, ambas sentencias concluyen que no es aplicable el artículo 63 del V Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal ya que no concurren las circunstancias establecidas por dicho precepto para que opere la subrogación.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que no concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que se ha de desestimar este motivo de recurso.

**TERCERO.- 1.-** El recurrente alega, como contradictoria, para el segundo motivo del recurso, la sentencia dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 15 de julio de 2013, recurso 1377/2012, que ha de ser examinada para determinar si concurre el requisito de la contradicción en los términos fijados por el artículo 219 de la LRJS.

**2.-** La citada sentencia desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Unitono Servicios Externalizados SA contra la sentencia dictada el 27 de diciembre de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el recurso de suplicación 5147/2011, interpuesto contra la sentencia de 1 de abril de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Barcelona, autos 907/2010, seguidos a instancia de Doña Lidia contra la recurrente, confirmando la sentencia recurrida.

Consta en dicha sentencia que el conflicto afecta a todos los trabajadores que prestaban servicios en la demandada procedentes de Sitel Ibérica Teleservicios que ahora prestan servicios en el 11888. Unitono Servicios Externalizados SAU y Telefónica Publicidad e Información SA suscribieron un contrato de prestación de servicios para atender los servicios telefónicos de información SENTIF, suscribiendo una Adenda por haber sido adjudicado el servicio 11888 de Madrid y Barcelona. Los trabajadores, aproximadamente 120 personas, que prestaban servicios en Barcelona por cuenta de Sitel Ibérica Teleservicios fueron convocados al proceso de selección para incorporarse a la plantilla de Unitono Servicios Externalizados SAU, sin que conste el número de trabajadores que se han incorporado. No ha existido transmisión de elementos patrimoniales.

La sentencia entendió que: «conviene recordar que la sentencia recurrida (fundamentos de derecho quinto y sexto) reconoce que no ha existido transmisión de ningún medio material, pero añade que esa transmisión



no es necesaria, pues para que haya transmisión de empresa basta con la transmisión de la actividad y de la plantilla, particular en el que se produce la contradicción doctrinal, porque la sentencia de contraste entiende que hace falta transmisión de activos materiales para que exista sucesión empresarial y que no puede hablarse de sucesión de plantillas porque si la nueva contratista ha asumido la plantilla de la anterior no ha sido en virtud de un acuerdo, ni de un mandato legal, sino de lo dispuesto en el art. 18 del Convenio Colectivo que no dispone la subrogación de la misma, al establecer sólo la necesidad de que los trabajadores de la anterior participen en el proceso de selección de personal de la nueva, obligación existente, únicamente, en los términos establecidos por el Convenio.

De lo que antecede se deriva que es más correcta, como ha informado el Ministerio Fiscal, la doctrina contenida en la sentencia de contraste, por cuanto ningún acuerdo sobre la transmisión de la actividad y de los medios materiales e infraestructuras de la misma ha existido entre la antigua y la nueva contratista que ha puesto por su cuenta los medios materiales de todo tipo necesarios para el desarrollo de una actividad, como la del Contact Center, que necesita de inmuebles, teléfonos, aparatos informáticos etc. etc. que son imprescindibles para su desarrollo. El cambio de contratista en estas condiciones no encaja en el art. 44-2 del E.T., ni en el 1-1 de la Directiva 2001/23, porque no se ha transmitido un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una actividad económica y si se ha dado ocupación a la totalidad o parte de la plantilla anterior ha sido para cumplir lo dispuesto en el art. 18 del Convenio Colectivo, norma que sólo obliga a lo que en ella se dispone, aparte que el factor humano es sólo uno de los que componen la organización productiva». Tras citar la sentencia de esta Sala de 17 de junio de 2008, recurso 4425/2006, continúa razonando: «Pero esta doctrina no es aplicable en supuestos como el presente en la que la nueva contratista no se ha limitado a continuar con la actividad desempeñada por la anterior asumiendo para ello la totalidad o parte de su plantilla, sino que ha puesto sus propias instalaciones, sus medios técnicos y su Know how (saber hacer como empresa), lo que impide estimar que haya existido sucesión de plantillas, pues estas circunstancias evidencian una situación distinta que justifica la inaplicación del artículo 44 del E.T., cual ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en sus sentencias de 12 de febrero de 2009 (fundamentos 40 y 41) y de 20 de enero de 2011 (fundamentos 33 a 35)».

**3.-** Entre las sentencias comparadas no concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS, tal y como ha razonado el auto dictado por esta Sala el 8 de octubre de 2015, recurso 429/2015, en el que la sentencia recurrida se dictó en un asunto similar al ahora examinado en el que las demandadas eran también ASISTEL SERVICIOS ASISTENCIALES SA, UTE FACTO ALMERIENSE DE CONSTRUCCIONES Y OBRAS PÚBLICAS SA y SERVICIOS GERIÁTRICOS DE ALMERÍA SL (UTE RESIDENCIA DE MAYORES VEGA DE ACÁ) y la sentencia de contraste la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 15 de julio de 2013, recurso 1377/2012.

En el auto se contiene el siguiente razonamiento: «Lo expuesto evidencia la falta de contradicción porque las actividades realizadas por las respectivas empresas en las sentencias comparadas no es sólo que sean distintas, sino que son de diversa naturaleza ya que en la recurrida se trata de la atención y cuidado de personas de la tercera edad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, porque su desarrollo no requiere de material ni de instalaciones importantes, mientras que en la de contraste el servicio contratado es de *contact center*, que necesita de inmuebles, teléfonos, aparatos informáticos, etc imprescindibles para su ejecución, lo que resulta trascendente a efectos de determinar si se ha producido o no sucesión de empresa en su modalidad de sucesión de plantilla».

Aplicando el anterior razonamiento se ha de concluir que entre las sentencias comparadas no concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS, por lo que este motivo de recurso ha de ser asimismo desestimado.

**CUARTO.-** No ignora la Sala que en un supuesto similar al ahora examinado, en el que se han invocado las mismas sentencias de contraste, se ha entendido que existía contradicción, procediendo a la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por UTE FACTO ALMERIENSE DE CONSTRUCCIONES Y OBRAS PÚBLICAS SA y SERVICIOS GERIÁTRICOS DE ALMERÍA SL UTE RESIDENCIA DE MAYORES VEGA DE ACÁ. No obstante un nuevo examen del asunto ha llevado a la Sala a concluir que no existe contradicción entre la sentencia recurrida y las invocadas como contradictorias, lo que conduce asimismo a desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por UTE FACTO ALMERIENSE DE CONSTRUCCIONES Y OBRAS PÚBLICAS SA y SERVICIOS GERIÁTRICOS DE ALMERÍA SL UTE RESIDENCIA DE MAYORES VEGA DE ACÁ.

## FALLO

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



que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Juan Antonio Luque Martínez, en representación de UTE FACTO ALMERIENSE DE CONSTRUCCIONES Y OBRAS PÚBLICAS SA y SERVICIOS GERIÁTRICOS DE ALMERÍA SL (UTE RESIDENCIA DE MAYORES VEGA DE ACÁ), frente a la sentencia dictada el 9 de septiembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, en el recurso de suplicación número 1505/2015,, interpuesto por el ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Almería el 25 de julio de 2014, en los autos número 634/2012, seguidos a instancia de DOÑA Graciela contra ASISTEL SERVICIOS ASISTENCIALES SA, UTE FACTO ALMERIENSE DE CONSTRUCCIONES Y OBRAS PÚBLICAS SA y SERVICIOS GERIÁTRICOS DE ALMERÍA SL (UTE RESIDENCIA DE MAYORES VEGA DE ACÁ sobre DESPIDO, declarando la firmeza de la sentencia recurrida. Se condena en costas a la recurrente incluyendo en las mismas la minuta de honorarios de la Letrada de la recurrida ASISTEL SERVICIOS ASISTENCIALES SA, que impugnó el recurso, con el límite legalmente establecido.

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

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.