



Roj: **STS 375/2019 - ECLI:ES:TS:2019:375**

Id Cendoj: **28079140012019100027**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/01/2019**

Nº de Recurso: **1889/2017**

Nº de Resolución: **8/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 14791/2016,**
STS 375/2019

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1889/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Luz Garcia Paredes

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 8/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Angel Blasco Pellicer

D.^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 9 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada Sra. Pareja Aparicio, en nombre y representación de Senda Animación Sociocultural Gestión de Ocio y Tiempo Libre S.XXI S.L., contra la sentencia dictada el 23 de noviembre de 2016, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el recurso de suplicación núm. 84/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Jerez de la Frontera, de fecha 25 de junio de 2015, recaída en autos núm. 1329/2014, seguidos a instancia de la trabajadora D.^a Florinda contra Senda Animación Sociocultural Gestión de Ocio y Tiempo Libre S.XXI S.L. y contra la Asociación de amigos y Protectores de Alumnos "El Principito" de la Guardería El Paje, sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, D.^a Florinda representada por la letrada Sra. Alcazar Benot.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luz Garcia Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Con fecha 25 de junio de 2015 el Juzgado de lo Social nº 3 de Jerez de la Frontera, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"1º.- "PRIMERO.- La actora, Dña. Florinda, mayor de edad, nacida el día NUM000 /89 y con DNI nº NUM001, entró a prestar sus servicios por cuenta de la empresa ASOCIACIÓN AMIGOS ALUMNOS EL PRINCIPITO, con CIF nº G-11687902, el 02/01/10, con categoría profesional de maestra, en virtud de diversos contratos temporales a tiempo parcial (25 horas semanales) con un salario a efectos de despido de 45,07 €/día y teniendo el centro de trabajo en la Guardería "El Paje" en la localidad de Barca de La Florida (Cádiz).- Es de aplicación el XI Convenio Colectivo de ámbito estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil (BOE de 22/03/10).- SEGUNDO.- La empresa tenía suscrito con el Excmo. Ayuntamiento de Jerez un convenio de colaboración de fecha 06/09/10 por el que el primero ponía a disposición de la segunda el uso gratuito, en concepto de precario del inmueble sito en el número 22 de La Barca de La Florida para ser destinado a Escuela Infantil (doc. aportado por la empresa demanda en escrito de 29/01/15).- TERCERO.- Con fecha 07/06/13 por la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Jerez se acordó la convocatoria de licitación pública para la adjudicación en régimen de concesión administrativa del uso privativo y explotación de la Escuela Infantil sita en La Barca de La Florida.- CUARTO.- Tras los preceptivos trámites administrativos, con fecha 17/01/14 el Excmo. Ayuntamiento de Jerez y la empresa demandada SENDA ANIMACION SOCIOCULTURAL, GESTIÓN DEL OCIO Y EL TIEMPO LIBRE S. XXI SLL suscribieron un contrato de concesión administrativa cuyo objeto es el uso privativo y explotación de la citada escuela infantil. (DOC. 1 de la empresa SENDA).- QUINTO.- Con fecha 26/05/14 por Resolución de la Sra. Alcaldesa se ordenó el desahucio administrativo, declarando la extinción por ocupación en precario de los terrenos e instalaciones afectados al uso y dominio público municipal donde se desarrolla el ejercicio de la actividad de la guardería, notificado a ASOCIACIÓN AMIGOS ALUMNOS EL PRINCIPITO el día 18/06/14.- SEXTO.- Con fecha 31/07/14 la empresa ASOCIACION AMIGOS ALUMNOS EL PRINCIPITO envió burofax a la empresa SENDA informando de la sucesión de empresa (DOC. 5 de la empresa SENDA); y con igual fecha a la trabajadora informando, igualmente, de la sucesión de empresa (DOC. 8 de la actora). Y con fecha 28/08/14 envió un nuevo burofax comunicándole la relación de trabajadores afectados por la subrogación, en número de diez, entre los que se encontraba la actora (DOC. 6 de la empresa SENDA).- SÉPTIMO.- Con fecha 31/08/14 la empresa ASOCIACION AMIGOS ALUMNOS EL PRINCIPITO dio de baja en la Seguridad Social a la actora, con el código correspondiente a la sucesión/subrogación, lo que comunicó a la otra empresa demandada y a la actora (DOC. 9 de la actora y DOC. 6 de la empresa SENDA).- OCTAVO.- Con fecha 30/08/14 la empresa SENDA comunicó a la actora no se encontraba en posesión de titulación mínima exigida según art. 16 del Decreto 145/2009 de 12 de mayo, por "lo que es legalmente imposible que usted siga desarrollando sus servicios en dicho centro". (DOC. 10 de la actora y DOC. 8 de la empresa SENDA).- OCTAVO.- Se presentó papeleta de conciliación ante el CMAC, celebrándose el intento de conciliación, con resultado sin avenencia".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por Dña. Florinda contra ASOCIACIÓN AMIGOS ALUMNOS EL PRINCIPITO y SENDA ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL, GESTIÓN DEL OCIO Y EL TIEMPO LIBRE S.XXI s.l. debo declarar y declaro la improcedencia del despido acordado por SENDA ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL, GESTIÓN DEL OCIO Y EL TIEMPO LIBRE S. XXI S.L.condenando a ésta a que a su elección redmita a la actora en el puesto de trabajo que venía ocupando y en las mismas condiciones, u optar expresamente dentro de los cinco días siguientes a la notificación de ésta sentencia, por una indemnización a favor de las mismo de 6.546,41 €, satisfaciendo, en caso de readmisión los salarios devengados y dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, a razón de 45,07 € día.- Y debo absolver y absuelvo a ASOCIACIÓN DAMIGOS ALUMNOS EL RPINCIPITO de los pedimentos efectuados en su contra".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de Senda Animación Sociocultural Gestión de Ocio y Tiempo Libre S.XXI S.L., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 23 de noviembre de 2016, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa SENDA ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL, GESTIÓN DE OCIO Y TIEMPO LIBRE, S.XXI, S.L.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Tres de Jerez de la Frontera, en fecha 25 de junio de 2015, en virtud de demanda presentada por D^a. Florinda contra SENDA ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL, GESTIÓN DE OCIO Y TIEMPO LIBRE, S.XXI, S.L.L. y contra ASOCIACIÓN DE AMIGOS Y PROTECTORES DE ALUMNOS "EL PRINCIPITO" DE LA GUARDERÍA EL PAJE, sobre Despido; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida, con pérdida del depósito efectuado para recurrir y dando a lo consignado el destino legal, firme esta resolución. Con Costas".

TERCERO.- Por la representación de Senda Animación Sociocultural Gestión de Ocio y Tiempo Libre S.XXI S.L., se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de de Andalucía, sede en Sevilla, de 22 de septiembre de 2016, (RSU 2606/2015).



CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 28 de noviembre de 2017, se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO .- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

SEXTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 19 de diciembre de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del recurso .

1.- Objeto del recurso.

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si, en una sucesión de empresa, la entrante está obligada a asumir a los trabajadores de la empresa saliente que carecen de la titulación exigible a la categoría ostentada -maestro/a en educación infantil o título de grado equivalente-.

A tal fin, la empresa entrante ha formulado el recurso señalando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla), de 22 de septiembre de 2016 (Rec. 2606/2015), denunciando como precepto normativo infringido el art. 16 del Decreto 149/2009, de 12 de mayo, de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía , por el que se regulan los centros que imparten el primer ciclo de educación infantil.

2.- Impugnación del recurso.

La parte demandante ha impugnado el recurso poniendo de manifiesto la falta de contradicción entre las sentencias comparadas, al ser diferentes las categorías ostentadas en cada caso. Además, considera que la sentencia recurrida es la que contiene la doctrina correcta porque lo que impone el Decreto es que se tenga un mínimo de personal con esas titulaciones.

3.- Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que considera que el recurso es improcedente porque, partiendo de la existencia de pronunciamientos contradictorios, el art. 26 del Convenio Colectivo impone la obligación de subrogación y a partir de ahí, no existe obstáculo alguno de titulación porque la demandante venía desempeñando funciones que no se corresponden con tareas educacionales ni asistenciales, a las que se pueda vincular una titulación, sino de apoyo a ese personal y en los contratos suscritos la categoría que figura es la de auxiliar infantil-personal de apoyo. Las tares de cuidadora no se corresponden con la de maestro de educación infantil o educador infantil que prevé el Convenio colectivo en el grupo II.

SEGUNDO. -Sentencia recurrida .

1.- Debate en la instancia

La demanda de la que trae causa el presente recurso fue presentada por la trabajadora que acciona por despido frente a las empresas saliente y entrante que atendían el servicio adjudicado en Escuela Infantil.

Según los hechos probados, la trabajadora prestaba servicios desde el 2 de noviembre de 2010 para la empresa Asociación de Amigos y Protectores de Alumnos "El Principito" de la Guardería El Paje, con categoría de maestra de lengua extranjera, en virtud de diversos contratos temporales y con funciones de apoyo.

Conforme al pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas de 22-5-2013, en el marco del concurso público de 7-6-2013 que se adjudicó por acuerdo de 5-12-2013 a la empresa Senda Animación Sociocultural, Gestión de Ocio y Tiempo Libre S. XXI SL -en adelante, Senda-, se estipulaba que "El personal necesario para la prestación del servicio y sus titulaciones será como mínimo, el exigido en el Decreto 149/2009, de 12 de mayo de la Consejería de Educación".

La nueva adjudicataria del servicio no pudo hacerse cargo de la escuela infantil porque la Asociación de Amigo y Protectores de Alumnos "El Principito" de la Guardería El Paje se negó a darle posesion, por lo que se presentó demanda por desahucio.

El 31 de julio de 2014, la Asociación empleadora envió burofax a la empresa Senda en el que le informaba de la sucesión de empresa y el 28 de agosto de 2014 le remitió nuevo burofax comunicando la relación de trabajadores a subrogar. El día 31 de julio de 2014 también la Asociación "El principito" comunicó a la actora



que tras el concurso público licitado por el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera para la gestión de la Guardería "El Paje", la empresa Senda Animación Sociocultural Gestión de Ocio y Tiempo Libre S. XXI SL, había resultado adjudicataria, por lo que pasaría a prestar servicios para la misma por subrogación desde el 1 de septiembre de 2014.

El 30 de agosto de 2014, Senda comunicaba a la actora que, analizada la documentación aportada por la Asociación y por la propia actora, no se encontraba en posesión de la titulación mínima exigida por el art. 16 del decreto de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía 149/2009, de 12 de mayo, por lo era imposible que siga desarrollando sus funciones en dicho centro. La empresa Senda Animación Sociocultural, Gestión de Ocio y Tiempo Libre S. XXI SL, se ha subrogado en 7 de los 10 trabajadores que prestaban servicios en la escuela infantil con anterioridad a su adjudicación, no siendo subrogadas 3 trabajadoras, entre ellas la actora, por carecer del título habilitante.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Jerez de la Frontera, de 25 de junio de 2015, dictada en los autos 1329/2014, estimó la demanda y declarando la improcedencia del despido, condenando a la empresa entrante a las consecuencias de tal calificación.

La sentencia de instancia fue recurrida en suplicación por la parte codemandada Senda animación Sociocultural, Gestión de Ocio y Tiempo Libre S. XXI SL.

2.- Debate en la suplicación.

La empresa entrante interpone recurso de suplicación en el que pretendía su exoneración de responsabilidad en el despido improcedente, al considerar que no estaba obligada a subrogarse en la relación laboral de la demandante, por carecer ésta de la titulación exigible para el desempeño de las funciones que venía atendiendo.

La Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Sevilla, de 23 de noviembre de 2016 dicta sentencia en el recurso 84/2016, confirmando la de instancia.

Según la Sala de suplicación, en el caso de la demandante no es exigible titulación habilitante porque sus funciones no eran educacionales o asistenciales sino de apoyo, como las que se recogen para los Auxiliares de apoyo en el Convenio colectivo. Además, refiere que la demandante, aunque figuraba como maestra, no era de educación sino de lengua extranjera, lo que no se corresponde con las categorías que contempla la norma colectiva, en el grupo II. En todo caso, considera que existe una sucesión empresarial, por sucesión de plantilla.

TERCERO. -Examen de la contradicción

1.- Doctrina general en materia de contradicción.

El art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que 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".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2.- Sentencias de contraste

La sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Sevilla, de 22 de septiembre de 2016, dictada en el recurso 2606/2015. Dicha sentencia resuelve un supuesto de otra trabajadora que prestó servicios para la misma Asociación y que se encontraba en posesión del título de Licenciada en Filología Hispánica por la Universidad de Cádiz. La demandante suscribió diferentes contratos temporales. La categoría profesional que en ellos se indicaba eran la de Asistente Infantil-Cuidadora de Niños, Auxiliar-Personal de Apoyo y Auxiliar Infantil-Cuidadora de Niños. No obstante, la actora ha venido ocupando puesto de Tutora.

Dicha trabajadora tampoco fue subrogada por no estar en posesión del título exigido.

La sentencia de contraste desestima el recurso porque, en lo que aquí interesa, debe tenerse en cuenta que el Decreto se encuentra en vigor desde el 16-5-2009 y resultando que la actora prestaba servicios desde 2011 sin tener el título habilitante, la empresa entrante no puede verse compelida a efectuar el servicio con trabajadores



que carecen de los requisitos legalmente exigidos para prestar los servicios, con cita de la STS de 27 de junio de 2012, rcud 3196/2011 .

3.- Sentencias con pronunciamientos no contradictorios.

En el presente supuesto, entre las sentencias comparadas no existe la contradicción que exige el art. 219.1 de la LRJS .

En efecto, siendo el único debate que aquí se suscita el relativo al alcance de la falta de titulación del trabajador para atender los servicios en los que se ha subrogado la empresa entrante, es lo cierto que las circunstancias fácticas sobre las que se efectúa el respectivo análisis difieren sustancialmente hasta el punto de poder entender que la solución alcanzada en uno y otro caso no es contradictoria sino que atiende a las concretas circunstancias del caso.

Así, en la sentencia recurrida se parte de que la actora realiza funciones de apoyo y no educacionales ni asistenciales, y estas funciones no precisan de titulación alguna, tal y como contempla el Convenio Colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil, al regular el Grupo III y comprender en él al Auxiliar. Esto es, no se considera que la demandante esté desempeñando funciones educativas ni asistenciales, en el marco de la educación infantil y los módulos profesionales o áreas que lo integran, que son a las que se les exige la titulación o habilitación (maestros, educadores o personal con título de técnico superior en educación infantil)

En la sentencia de contraste, aunque los contratos suscritos por la trabajadora indicaban una categoría de Auxiliar o Asistencia, es lo cierto que en los hechos probados refieren que ocupaba un puesto de Tutora. Y esto es relevante porque no estamos ante funciones similares, cuando resulta que la actividad de tutoría se integra en la actividad educacional (art. 26 del Decreto 149/2009, de 12 de mayo , por el que se regulan los centros que imparten el primer ciclo de la educación infantil).

Es cierto que la sentencia de contraste exige la titulación y a tal efecto tan solo refiere que la demandante prestaba servicios como auxiliar desde 2011, pero tal expresión ha de ser entendida en el conjunto de los hechos que declara probados, de forma que con esa afirmación lo que indica es que desde entonces ya se podía obtener la habilitación necesaria o la titulación para poder atender actividades educativas o asistenciales que era las que atendía la trabajadora allí demandante.

En todo caso, en la sentencia de contraste no se cuestionan que las funciones desempeñadas por la trabajadora no fueran educativas o asistenciales-precisamente porque ocupaba el puesto de Tutora- , mientras que en la sentencia recurrida se ha analizado el contenido funcional de la actividad de la demandante para concluir en que atendía un servicio de apoyo y en un área ajena a la que comprende la educación infantil y por ello entiende que en ese caso está justificada la inexigencia de titulación.

Como consecuencia de todo lo expuesto, no cabe apreciar la contradicción necesaria para poder entrar a conocer del fondo de la cuestión suscitada.

CUARTO. - Llegados a este punto y oído el Ministerio fiscal, debemos apreciar la anterior causa de inadmisión del recurso que ahora se transforma en causa de desestimación del recurso [SSTS 1036/2016 de 2 diciembre ; 107/2017 de 8 febrero ; 123/2017 de 14 febrero ; 346/2017, de 25 abril ; 434/2017 de 16 mayo]. Con imposición de costas, en virtud de lo dispuesto en el art. 235 LRJS .

FALLO

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

1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Senda Animación Sociocultural Gestión de Ocio y Tiempo Libre S.XXI S.L., representada y defendida por la letrada Sra. Pareja Aparicio.

2) Declarar la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, de 23 de noviembre de 2016, dictada en el recurso de suplicación nº 84/2016 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 25 de junio de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Jerez de la Frontera , en los autos nº 1329/2014, seguidos a instancia de D^a Florinda contra Senda Animación Sociocultural Gestión de Ocio y Tiempo Libre S.XXI S.L. y contra la Asociación de amigos y Protectores de Alumnos "El Principito" de la Guardería El Paje, sobre despido.

3) Con condena en costas a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido para recurrir.



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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ