



Roj: **STS 3257/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3257**

Id Cendoj: **28079140012021100778**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/07/2021**

Nº de Recurso: **4488/2018**

Nº de Resolución: **816/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 816/2021

Fecha de sentencia: 21/07/2021

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 4488/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/07/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol

Procedencia: T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.4

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

Transcrito por: rhz

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4488/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 816/2021

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D.^a. Concepción Rosario Ureste García

En Madrid, a 21 de julio de 2021.



Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Celestina representada y asistida por la letrada D^a. Elena Raquel Lara Moral contra la sentencia dictada el 13 de septiembre de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación nº 486/2018, interpuesto contra la sentencia de fecha 23 de marzo de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Madrid, en autos nº 2/2018, seguidos a instancias de D^a. Celestina contra Fundación Grupo Norte y Dirección General de la Familia y el Menor sobre **despido**.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida la Comunidad de Madrid- Dirección General de la Familia y el Menor representada y asistida por el letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23 de marzo de 2018, el Juzgado de lo Social nº 6 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por D^a Celestina respecto de la codemandada DIRECCIÓN GENERAL DE LA FAMILIA Y EL MENOR dependiente de la COMUNIDAD DE MADRID, previa desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por el Letrado de la Comunidad de Madrid, debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el **despido** de dicha trabajadora, llevado a cabo por dicha codemandada el 18/12/2017, condenándola a optar entre la readmisión de la trabajadora o el abono de una indemnización ascendente a 2.836,35 €

En caso de optar dentro del referido plazo por el abono de la indemnización, ello determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

En caso de que se opte por la readmisión, la actora tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del **despido** hasta la notificación de esta sentencia, a razón de un salario/día de 38,20 euros con inclusión de parte proporcional de pagas extras, o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

Se advierte a la CAM de que si no ejercitara expresamente la opción a favor de la indemnización en el plazo de CINCO DÍAS HÁBILES contados desde la notificación de la sentencia, se entenderá que opta por la readmisión y el abono de los salarios de tramitación.

Se absuelve a FUNDACIÓN GRUPO NORTE de las pretensiones deducidas en su contra."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

" **PRIMERO.-** La demandante D^a Celestina , mayor de edad, con DNI N^o NUM000 , vino prestando servicios para la empresa FUNDACIÓN GRUPO NORTE en virtud de contrato de trabajo para Obra o Servicio determinado formalizado el 23/09/2015, en el que se la incluyó en el grupo profesional de AUX-EDUCD., con jornada de 36,5 horas a la semana, inferior a la jornada completa de 39 horas a la semana, describiéndose como objeto del contrato "acompañamiento educativo a un menor durante su hospitalización".

En las Cláusulas Adicionales del contrato se indicó:

"(...)

2. El objetivo del contrato, conforme a la legislación vigente, de los servicios que han sido adjudicados a FUNDACIÓN GRUPO NORTE mediante CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS con el cliente IMFM y que constituye el soporte jurídico de este contrato que se entenderá rescindido en el momento que se extinga o rescinda dicho contrato mercantil.

3. CENTRO DE TRABAJO: IMFM. RESIDENCIA INFANTIL LA ROSAS EN MADRID".

En el contrato se indicó que el Convenio Colectivo de aplicación era el Estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menores.

Tras 8 meses de vigencia del contrato, la actora vino realizando en la RESIDENCIA INFANTIL LAS ROSAS otras labores de su categoría, como acompañamiento de los menores a consulta médica, salidas a excursiones, cines, compras de vestuario para los niños, etc. (Hechos de la demanda no controvertidos)

El 27/10/2017 se firmó un documento por la actora y por el responsable de FUNDACIÓN GRUPO NORTE, en el que se ampliaba la jornada laboral a 39 horas semanales. (Folio 6 del ramo de prueba de la actora)

El salario de la actora ascendía a 1.162,04 € brutos mensuales con inclusión de parte proporcional de pagas extras.



Las tablas salariales del Convenio Colectivo Estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menores publicadas en el BOE nº 155 de 28/06/2016, fijan para la categoría de la actora un salario anual de 13.584,44 € al año (1.132,03 €/mes con prorrata de pagas) para "PREVENCIÓN" y de 18.366,30 € al año (1.530,52 €/ mes con prorrata de pagas) para "REFORMA".

Su horario era de 6.45 a 14.45 de Lunes a Viernes

SEGUNDO.- el 15/12/2017, la FUNDACIÓN GRUPO NORTE notificó a la actora carta del siguiente tenor literal:

"Sirva la presente para informarle que el día 17 de diciembre de 2017 finaliza el contrato menor que la Entidad FUNDACIÓN GRUPO NORTE tenía suscrito con la Comunidad de Madrid, para la prestación de servicios de Apoyo Auxiliar Educativo en la Residencia Infantil Las Rozas, donde Ud. presta servicios.

Así, dado que no se nos ha facilitado el nombre de otra entidad prestadora de servicios que vaya a suceder en la actividad a esta Entidad y, en la medida en que la actividad no cesa y que Vd. viene formando parte del conjunto de trabajadores que vienen ejerciendo dicha actividad en la R.I. Las Rozas, le informamos que FUNDACIÓN GRUPO NORTE dejará de ser su empleadora a partir del próximo 18 de diciembre de 2017, todo ello de conformidad a la normativa convencional de aplicación, art. 35 del Convenio Colectivo Estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menores y/o, en todo caso, conforme establece el art. 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

En virtud de lo expuesto, a partir del día 18 de diciembre de 2017, Ud. pasará a formar parte de la plantilla de la Comunidad de Madrid, que asume la continuidad de dicho servicio, y que quedará subrogada, por ministerio del Convenio Colectivo Estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menores, y del Real Decreto Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en la posición de empleador en la, relación laboral establecida entre Ud. y FUNDACIÓN GRUPO NORTE, manteniéndose los derechos y obligaciones laborales que Vd. hubiese adquirido con esta última.

Por último, le rogamos se sirva firmar una copia de la presente comunicación, a los solos efectos de dejar constancia de su recepción."

(Doc. nº 1 acompañado a la demanda)

FUNDACIÓN GRUPO NORTE procedió a dar de baja a la actora en Seguridad Social el 17/02/2017.

(Doc. nº 26 del ramo de prueba de la actora)

TERCERO.- El 18/12/2017, la actora intentó incorporarse a su trabajo en la RESIDENCIA INFANTIL LAS ROSAS, a las 6.45 horas, siéndole prohibida la entrada por órdenes de la Dirección del Centro, por lo que el 19/12/2017 remitió un burofax a la Residencia, manifestando que entendía que había sido objeto de un **despido** verbal, y que si no se le entregaba comunicación escrita en 48 horas que confirmara el mismo, procedería a ejercitar la acciones legales oportunas.

(Doc. nº 2 acompañado a la demanda)

No consta que la demandante hubiera obtenido respuesta.

CUARTO.- La actora presentó papeleta de conciliación ante el SMAC frente a FUNDACIÓN GRUPO NORTE el 27/12/2017, no habiéndose alcanzado acuerdo alguno, y presentó reclamación previa contra la Agencia Madrileña de Atención Social, no constando expresamente resuelta."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el letrado de la Comunidad de Madrid - Dirección General de la Familia y el Menor formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 13 de septiembre de 2018, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID en nombre y representación de la DIRECCIÓN GENERAL DE LA FAMILIA Y EL MENOR, contra la sentencia de 23 de marzo de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Madrid, en autos nº 2/2018, seguidos a instancia de D^a. Celestina contra la DIRECCIÓN GENERAL DE LA FAMILIA Y EL MENOR y FUNDACIÓN GRUPO NORTE, en reclamación por DESPÍDIO, revocando la misma y absolviendo a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la representación letrada de D^a. Celestina interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por el Tribunal Constitucional de fecha 8 de febrero de 1993, recurso de amparo 2035/1990.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar procedente el



recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 20 de julio de 2021, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina la sentencia de la Sala de lo social del TSJ de Madrid, de 13 de septiembre de 2018, (Rec. Supl. 486/2018), que estimó el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado de la Comunidad de Madrid, y revocó la sentencia de instancia, y en su lugar absolvió a las demandadas de las pretensiones deducidas en la demanda.

La sentencia de instancia había estimado la demanda interpuesta por la trabajadora frente a la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid, y previa desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por el letrado de la Comunidad de Madrid, declaró improcedente el **despido** de la trabajadora, condenando a sus consecuencias a la Comunidad de Madrid y absolviendo a la Fundación Grupo Norte de las pretensiones deducidas en su contra.

La trabajadora solicitaba en su demanda que se declarara la improcedencia del **despido** del que había sido objeto y que se impusieran las responsabilidades de dicha declaración bien a la Fundación Grupo Norte o bien a la Agencia Madrileña de Atención Social.

2.- La demandante vino prestando servicios para Fundación Grupo Norte, en virtud de contrato de trabajo para Obra o Servicio determinado formalizado el 23 de septiembre de 2015. En dicho contrato constaba que su objetivo era atender los servicios adjudicados a Fundación Grupo Norte mediante contrato de arrendamiento de servicios con el cliente IMFM que constituye el soporte jurídico del contrato, que se entenderá rescindido en el momento que se extinga o rescinda dicho contrato mercantil.

El 15 de diciembre de 2017, la Fundación Grupo Norte comunicó a la actora que el día 17 de diciembre finalizaba el contrato menor que dicha Fundación tenía suscrito con la Comunidad de Madrid, para la prestación de servicios de Apoyo Auxiliar Educativo en la residencia en la que la trabajadora prestaba sus servicios. La carta añadía que dado que no se había facilitado el nombre de la entidad que fuera a suceder en la prestación de los servicios, y en la medida en que la actividad no cesaba le informaban a la actora que la Fundación Norte dejaría de ser su empleadora a partir del 18 de diciembre de 2017, todo ello de conformidad a la normativa convencional de aplicación, art. 35 del Convenio Colectivo Estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menores y/o, en todo caso, conforme establece el art. 44 ET. En virtud de lo expuesto, seguía diciendo la carta, a partir del día 18 de diciembre de 2017, la actora pasaría a formar parte de la plantilla de la Comunidad de Madrid, que asumiría la continuidad de dicho servicio, y que quedaría subrogada, en virtud del Convenio Colectivo Estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menores, y del ET en la posición de empleador en la relación laboral establecida entre la trabajadora y la Fundación Norte, manteniéndose los derechos y obligaciones laborales que la actora hubiera adquirido con la Fundación.

El 18 de diciembre de 2017, la actora intentó incorporarse a su trabajo siéndole prohibida la entrada por órdenes de la Dirección del Centro, por lo que el 19 de diciembre remitió un burofax a la Residencia, manifestando que entendía que había sido objeto de un **despido** verbal, y que si no se le entregaba comunicación escrita en 48 horas que confirmara el mismo, procedería a ejercitar las acciones legales oportunas.

La Comunidad de Madrid, en su recurso de suplicación, solicitaba que se revocara la sentencia de instancia y se desestimara íntegramente la demanda interpuesta contra ella. La actora, en su escrito de impugnación al recurso, solicitaba la desestimación del mismo y que se confirmara la sentencia de instancia en todos sus términos. La Fundación Grupo Norte, en su escrito de impugnación al recurso, solicitaba que se desestimara el mismo y se confirmara la sentencia de instancia.

3.- La Sala de suplicación estima el recurso de la Comunidad de Madrid y revoca la sentencia de instancia, absolviendo a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra, recordando el contenido del art. 301.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, para concluir que la jurisprudencia de esta Sala Cuarta ha señalado que no existe subrogación convencional si la empresa cedente que pretende asumir el servicio no está vinculada jurídicamente por el convenio colectivo en el que se establece tal subrogación, concluyendo que no procede condenar a Fundación Grupo Norte porque en el contrato de trabajo se indicaba que el mismo se entendería rescindido en el momento que se extinguiera o rescindiera dicho contrato mercantil, situación que se había producido al asumir la Comunidad de Madrid ese servicio.

SEGUNDO.- 1.- Recurre la trabajadora en casación para la unificación de doctrina, articulando un motivo de recurso centrado en la incongruencia extra petita en la que considera que incurre la sentencia de suplicación,



argumentando que el recurso de la Comunidad de Madrid se centraba en la atribución de responsabilidad a la Fundación Grupo Norte, sin cuestionar la existencia de **despido** ni la calificación del mismo, por lo que considera firme la sentencia en dichos extremos.

La sentencia citada de contraste por la recurrente es la dictada por el Tribunal Constitucional, de 8 de febrero de 1993 (Rec. Amparo 2035/90), que otorgó el amparo que solicitaba la demandante, y anuló la sentencia de suplicación que revocando la de instancia, había absuelto a todos los demandados, argumentando que el supuesto de hecho enjuiciado no generaba derecho a prestación alguna. La actora solicitaba el reconocimiento de una parte de pensión de viudedad que entendía que le correspondía y que entendía que debía compartir con la esposa del causante, por haber convivido con él durante dieciséis años. La sentencia de instancia había reconocido el derecho postulado, pero había absuelto a la Mutua. En suplicación recurrieron el INSS y TGSS por entender que la responsabilidad patrimonial era de la Mutua, y solicitaba su absolución.

La sentencia referencial argumenta que en el recurso sólo se discutía y se propuso como *thema decidendi* quién debía ser responsable del pago de las prestaciones reconocidas, no el derecho a su percibo por la actora, y a ello se contestó acerca del derecho en sí de la prestación o pensión, a su exigibilidad y presupuestos. Así, al no ser éste el problema ni la petición propuesta, el alto tribunal consideró que la respuesta no era correlativa a la discusión entre partes, referida a la entidad deudora y no a la deuda, siendo claro que se había incurrido en incongruencia con relevancia constitucional, concretada en la omisión de la tutela judicial debida.

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

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, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

3.- Entre las sentencias comparadas no puede apreciarse la existencia de la contradicción exigida por el art. 219 LRJS.

Es cierto que en ambos casos se postula el reconocimiento de un defecto procesal de incongruencia extra petita; ahora bien las distintas particularidades de cada caso antes señaladas, hacen que la solución sea distinta.

En el caso de la sentencia recurrida, la actora interesaba se declarara la improcedencia del **despido** del que había sido objeto y que se impusieran las responsabilidades de dicha declaración bien a la Fundación Grupo Norte o bien a la Agencia Madrileña de Atención Social. La sentencia de instancia señala que siendo que la Fundación Grupo Norte cumplió con las obligaciones establecidas en el art. 35 del Convenio Colectivo aplicable, llega a la conclusión de que la Comunidad de Madrid incumplió su obligación de subrogar a la actora, y declara **despido** improcedente el de la trabajadora condenando a la Dirección General de la Familia y el Menor de la CAM a las consecuencias inherentes a tal declaración, absolviendo a la Fundación Grupo Norte. Por otro lado, la sentencia recurrida estima el recurso de suplicación formulado por la CAM a la que absuelve de las pretensiones deducidas en la demanda, señalando que no ha habido subrogación convencional, motivo por el cual absuelve a la recurrente CAM, <<sin que proceda condenar a la Fundación Grupo Norte porque en el contrato de trabajo se indica que el mismo "se extenderá rescindido en el momento que se extinga o rescinda dicho contrato mercantil" situación que se ha producido al asumir la Comunidad de Madrid el servicio>>, con lo cual estima que no estamos ante un **despido**, argumentando las consecuencias de tal conclusión. En definitiva resuelve las cuestiones planteadas.

Por otro lado, la sentencia de contraste, resuelve un supuesto particular de viudedad, supuesto en absoluto parangonable al presente. En este caso se discutía quién debía ser responsable del pago de la prestación reconocida de viudedad, no el derecho a su percibo por la actora, y a ello se contestó acerca del derecho en sí



de la prestación o pensión, a su exigibilidad y presupuestos. Pero como no se respondía con ello al problema ni la petición propuesta, el TC consideró que la respuesta no era correlativa a la discusión entre partes.

La sentencia referencial designada no es idónea a las pretensiones de la recurrente, que se aquieta -al no aportar sentencia de contraste sobre este extremo- con la decisión de la sentencia recurrida al estimar que no existe **despido**, circunstancia que no combate, limitándose a señalar que la sentencia incurre en incongruencia *extra petita*, sin combatir la decisión y las consecuencias argumentadas que derivan de la misma, resolviendo en definitiva las cuestiones planteadas.

En esta fase procesal la falta de contradicción conduce a la desestimación del recurso formulado, tal y como se consigna, entre otras, en las sentencias de 4 de noviembre de 2014, recurso 2679/2013; 11 de noviembre de 2014, recurso; 2246/2013 -; y 18 de noviembre de 2014, recurso 1858/2013.

TERCERO.- Por todo lo razonado, visto el informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado, confirmando y declarando la firmeza de la sentencia recurrida. No procede condenar en costas a la recurrente en virtud de lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS.

FALLO

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

1º.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Dña. Elena Raquel Lara Moral, en nombre y representación de Dña. Celestina , frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 13 de septiembre de 2018, recurso número 486/2018, que resolvió el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 6 de Madrid el 23 de marzo de 2018, autos número 2/2018, seguidos a instancia de la recurrente contra la DIRECCIÓN GENERAL DE LA FAMILIA Y EL MENOR y la FUNDACIÓN GRUPO NORTE, sobre **despido**.

2º.- Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia recurrida.

3º.- Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.