

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia 835/2020, de 2 de octubre de 2020**Sala de lo Social**Rec. n.º 4443/2017***SUMARIO:****Despido objetivo. Trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijos. Declaración de improcedencia en la instancia al no pedirse la nulidad en el suplico de la demanda. Incongruencia.**

*Sentencia de suplicación que, manteniendo la improcedencia, decreta la nulidad de actuaciones con devolución de los autos al juzgado de instancia para que se pronuncie sobre la existencia de grupo de empresas. A pesar de que la incongruencia se produce con carácter general cuando un Juzgado o Tribunal concede algo distinto de lo que las partes han solicitado, cuando se trata del ejercicio de la acción de despido la calificación del mismo exige que en la demanda se hayan hecho constar los hechos que corresponden a la calificación, en concreto, si el trabajador ostenta, o ha ostentado en el año anterior al despido, la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores, así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia. Aunque en el proceso laboral rige el principio de justicia rogada, el mandato del art. 108.2 de la LRJS obliga al juez a declarar el despido nulo, pues las circunstancias a las que se refieren los apartados a), b) o c) de dicho artículo constituyen un sistema de tutela objetiva y automática frente al despido, de modo que si el empleador no acredita la concurrencia de la causa que justifique su decisión extintiva, esta no será declarada improcedente sino nula, sin necesidad de que la persona despedida tenga que aportar indicio alguno sobre la conculcación de un derecho fundamental, sino que basta con que acredite alguna de las circunstancias descritas en los apartados a), b) o c) del artículo 108.2 LRJS. Pero es que, además, el principio de congruencia de la sentencia requiere, en primer lugar, no apartarse de la causa de pedir de la demanda y, en segundo lugar, requiere resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes (art. 218.1 LEC). En el presente caso, no puede sostenerse que en la demanda, que dio comienzo al presente litigio, no se haya pretendido la declaración de nulidad del despido. Es cierto que, en el suplico de la misma, tan solo se pide que se declare el despido improcedente, pero no es menos cierto que toda demanda forma un conjunto unitario, sin que sea posible dividirla o separarla en diferentes partes comunicadas entre sí, como si se tratara de distintos compartimentos estancos. Por ello, si como acaece en el presente supuesto, en el cuerpo de tal demanda se dice con toda claridad que la trabajadora demandante se encontraba en reducción de jornada por cuidado de hijos y en la misma se reitera que tal situación implica la nulidad del despido, es obligado concluir que esta es la pretensión que realmente se ejercita en esa demanda, aunque al redactarse el suplico de esta solo se hubiese pedido, quizá por un simple *lapsus calami*, la improcedencia del despido. Debe concluirse, por tanto, que la sentencia recurrida resultó incongruente, al no haberse pronunciado sobre la pretendida nulidad del despido. Ello implica, a la postre, que habiéndose ya acordado en suplicación la nulidad de la sentencia con retroacción de actuaciones, la misma deba mantenerse necesariamente, puesto que no ha sido combatida en este recurso, pero ampliando las causas de dicha nulidad, ordenando al Juzgado de instancia que se pronuncie sobre la nulidad del despido, además de sobre los hechos que considera probados en orden a acreditar la existencia o no de un grupo de empresas. **Voto particular.***

PRECEPTOS:

RDLeg. 2/2015 (TRET), art. 55.5.

Ley 36/2011 (LRJS), arts. 104 c) y 108.2 y 3.

Ley 1/2000 (LEC), arts. 216 y 218.

PONENTE:

Don Ángel Antonio Blasco Pellicer.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4443/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Ángel Blasco Pellicer

D^a. María Luz García Paredes

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 2 de octubre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Petra representada y asistida por el letrado D. Carlos Berástegui Afonso contra la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Santa Cruz de Tenerife, en recurso de suplicación n^o. 139/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de julio de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social n^o. 4 de Santa Cruz de Tenerife, en autos n^o. 9/2016, seguidos a instancias de D^a. Petra contra Club La Costa UK PLC, New Jasley Holdings SL, D. Leovigildo y Paradise Trading SL, y el Fondo de Garantía Salarial sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Club La Costa UK PLC representado y asistido por el letrado D. José María Vela Feria.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

Con fecha 29 de julio de 2016 el Juzgado de lo Social n^o. 4 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Doña Petra comenzó a prestar sus servicios para la demandada el 3 de septiembre de 2010 con categoría profesional de relaciones públicas y salario diario a efecto de despido de 1.718,70 euros.

Conforme al informe de vida laboral estuvo unida del 3 de septiembre de 2010 al 27 de enero de 2011 con Paradise Trading SL. El 30 de marzo de 2011 celebra contrato con Club La Costa UK PLC.

Segundo.

La empresa le notifica el despido el 25 de noviembre de 2015 con efectos el 10 de diciembre de 2015; carta cuyo contenido se da por reproducido. No resultando acreditadas ni las causas organizativas ni productivas que se alegan. Se le ha trasferido la indemnización de 5.449,75 euros.

Tercero.

La sentencia de 15 de abril de 2016 dictada por el juzgado número 1 de este partido judicial establece " Se entiende acreditado que Paradise Trading y Club La Costa forman parte del mismo grupo empresarial de tal forma que bajo el sello CLC World, se han formalizado las cartas de despido expedidas por ambas entidades. El tenor literal de las cartas es idéntico por lo que se puede racionalmente concluir que el departamento jurídico del grupo ha confeccionado la mismas de manera prototípica".

New Jasley Holdings SL esta administrado por Don Leovigildo y su objeto social es la explotación de inmuebles, su registro constitutivo se produjo en Málaga.

Paradise Trading, con domicilio social en San Eugenio Alto, Adeje, esta administrado por el referido señor Leovigildo y además por Don Constantino, su objeto es la explotación de restaurantes."

"La señora Otilia, representante de los trabajadores afirmo en la vista que la dirección de las entidades estaba radicada en Málaga y es allí donde se daban las directrices de dirección y gestión de los hoteles y restaurantes gestionados por el grupo. Preciso que Paradise gestionaba todo lo relativo a los restaurantes de los hoteles, pero que en marzo se había producido un trasvase de una a otra".

Cuarto.

El demandante no ostenta ni ha ostentado cargo sindical alguno, así como tampoco consta su afiliación sindical.

Quinto.

El preceptivo acto de conciliación ante el SMAC se celebró el día 27 de enero de 2016, en virtud de papeleta presentada el día 22 de diciembre de 2015, concluyendo el mismo sin efecto, al no comparecer la parte demandada pese a estar debidamente citada".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Estimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Doña Petra asistido por el letrado Sr. Carlos Berástegui Afonso, frente a Club La Costa UK PLC asistido por el letrado Sr. José María Vela Fera, y frente a la entidad New Jasley Holdings SL, y la entidad Paradise Trading SL, con la intervención de FOGASA, sobre DESPIDO:

Declaro la improcedencia del despido del trabajador llevado a cabo con fecha de efectos de 10 de diciembre de 2015. Y en consecuencia debo condenar y condeno a dicha empresa demandada a estar y pasar por esta declaración, y a que opte entre la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que ostentaba con anterioridad al despido, con el abono de los salarios dejados de percibir, o el abono de una indemnización de 5.664,52 euros.

Desestimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Doña Petra asistido por el letrado Sr. Carlos Berástegui Afonso frente a Don Leovigildo.

Declaro la obligación del FOGASA de estar y pasar por el contenido y fallo de esta sentencia, con respeto a la misma, ello sin perjuicio de la responsabilidad legal subsidiaria que le corresponde".

Segundo.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a. Petra y del Club La Costa UK PLC ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, la cual dictó sentencia en fecha 25 de septiembre de 2017, en la que consta el siguiente fallo:

"Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D./Dña. Petra contra Sentencia 000273/2016 de 29 de julio de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social N^o. 4 de Santa Cruz de Tenerife en los autos de 0000009/2016-00, sobre Resolución contrato, y ESTIMAMOS el recurso interpuesto por CLUB LA COSTA UK PLC, declarando la nulidad de la sentencia para que el Magistrado de instancia se pronuncie, con libertad de criterio, sobre los hechos que considera probado en orden a acreditar la existencia o no de un grupo de empresas. Se acuerda la devolución total del depósito, una vez firme la sentencia".

Tercero.

Por la representación de Doña Petra se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 6 de marzo de 2003, rec. 1958/2002.

Cuarto.

Por providencia de esta Sala se procedió a admitir 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.

Por el letrado D. José María Vela Feria en representación de la parte recurrida, Club La Costa UK PLC, se presentó escrito de impugnación, y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debía ser estimado.

Quinto.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de septiembre de 2020, en cuya fecha tuvo lugar.

En dicho acto, la Magistrada Ponente, Excmo. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Ángel Blasco Pellicer.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1.- El presente recurso de casación para la unificación de la doctrina se formula por la representación letrada de D^a. Petra y tiene por objeto que se declare la nulidad del despido objetivo de que fue objeto mientras se hallaba en situación de reducción de jornada por cuidado de hijo.

2.- Las circunstancias del caso, cuyo resumen se hace necesario transcribir para una adecuada comprensión del asunto y de la solución a la que llegue la Sala son, sintéticamente las siguientes:

-D^a. Petra fue despedida por causas organizativas y productivas mientras se encontraba en situación de reducción de jornada por cuidado de hijos. Dichas causas no resultaron acreditadas.

-La sentencia del Juzgado de lo Social n^o. 4 de Santa Cruz de Tenerife de 29 de julio de 2016 estimó su demanda de despido contra Club La Costa UK PLC, New Jasley Holdings SL y Paradise Trading SL, declarando la improcedencia del despido. Concurría la circunstancia de que, aunque en el cuerpo de la demanda se hizo constar

la situación de excedencia por cuidado de hijos de la actora y la consiguiente nulidad de la extinción, en el suplico de la demanda, la actora no solicitó la correspondiente declaración de nulidad. Ante la sentencia, la actora interpuso escrito de aclaración solicitando la declaración de nulidad del despido que fue desestimado.

-Frente a la referida sentencia, formularon recurso de suplicación la trabajadora y la entidad Club La Costa UK PLC.

-El recurso de la trabajadora fue desestimado por la sentencia recurrida (STSJ de Canarias -sede de Santa Cruz de Tenerife- de 25 de septiembre de 2009, rec. 139/2017), que confirmó la sentencia de instancia en el concreto punto de la calificación de improcedencia del despido objetivo ya que no puede calificarse el despido de la trabajadora como nulo, pese a constar tras la revisión fáctica la reducción de jornada por el cuidado de un hijo menor, al tratarse de una cuestión nueva, introducida por la trabajadora en el trámite de aclaración de la sentencia de instancia y reiterada posteriormente en el recurso de suplicación. Sin embargo, en la demanda en su día presentada por la trabajadora consta muy claramente tanto en los hechos como en los fundamentos la reducción de jornada por cuidado de un hijo disfrutada por la trabajadora, así como la pretensión de nulidad del despido objetivo, si bien en el suplico de la demanda se pretende la calificación de improcedencia.

-El recurso de la empresa fue, sin embargo, estimado. En efecto, la empresa pidió en suplicación la nulidad de actuaciones al entender que se le había causado indefensión ya que la sentencia condenó a las tres mercantiles demandadas sobre la base de la transcripción en los hechos probados de parte de otros hechos y fundamentos de otra sentencia no firme. La sala de suplicación estimó que se le había producido indefensión y en su fallo, tras estimar el recurso de la empresa, declaró la "nulidad de la sentencia para que el Magistrado de instancia se pronuncie, con libertad de criterio, sobre los hechos que considera probado en orden a acreditar la existencia o no de un grupo de empresas". Pronunciamiento éste que no ha sido recurrido por ninguna de las partes (ni la trabajadora, ni el resto de empresas demandadas).

Segundo.

1.- El recurso de casación para la unificación de la doctrina, que aquí examinamos, formulado por la trabajadora consta de tres partes: la primera que se denomina cuestión previa, la segunda denominada contradicción de sentencias y la tercera titulada infracción del artículo 55 y jurisprudencia concordante al presente supuesto. En la primera parte, sin cita de sentencia de contradicción, pide la nulidad de la sentencia de instancia por no haberse pronunciado sobre la nulidad del despido ya que tal cuestión, aun no constando expresamente en el suplico, fue suscitada por la demanda tanto en los hechos como en la fundamentación jurídica de la demanda, tratándose además de una nulidad objetiva. En la segunda parte, el recurso realiza una amplia comparación entre la sentencia recurrida y la que aporta de contraste: la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias -sede de Las Palmas- de 6 de marzo de 2003, Rec. 1958/2002. Y en la tercera parte, tras analizar extensamente la infracción del artículo 55 ET, termina solicitando que se "declare la nulidad de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de Canarias y el Juzgado de lo Social nº. 4 de Santa Cruz de Tenerife y al efecto, se remitan las actuaciones a dichos órganos jurisdiccionales, donde se resuelva conforme a la petición de nulidad planteada por la parte actora en su escrito de demanda" o, subsidiariamente, se dicte la nulidad del despido. Peticiones que se reiteran en el suplico del recurso.

2.- Resulta evidente que el recurso tiene deficiencias importantes. Sin embargo, la contradicción existe. En efecto, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias -sede de Las Palmas- de 6 de marzo de 2003, Rec. 1958/2002, desestimó el recurso de suplicación presentado por el empresario, confirmando la sentencia de instancia que había calificado el despido disciplinario del trabajador como nulo por lesión de la garantía constitucional de indemnidad. Concretamente, desestimó la sentencia de contraste el motivo del recurso de suplicación del empresario dirigido a la existencia de incongruencia extra petita o ultra petita por el hecho de haber calificado la sentencia de instancia el despido disciplinario como nulo pese a figurar en el suplico de la demanda la calificación de improcedencia. Para la sentencia de contraste es evidente que no hay incongruencia porque, aunque por error en el suplico de la demanda se pretendiese la calificación de improcedencia del despido la lectura de la demanda pone claramente de manifiesto que la verdadera pretensión era de nulidad. Asimismo, la calificación judicial del despido disciplinario o del despido objetivo corresponde de oficio al juez al margen de la concreta petición incorporada al suplico de la demanda.

3.- Concorre la contradicción exigida por el artículo 219.1 LRJS. Hay identidad sustancial en los hechos (demandas por despido en las que en los hechos y en los fundamentos queda clara la pretensión de nulidad de los despidos, si bien, seguramente por descuido, en el suplico de las demandas solo se incorpora una pretensión de calificación de improcedencia), en los fundamentos (calificación o no de oficio de la nulidad del despido pese a figurar en el suplico de las respectivas demandas una pretensión de improcedencia, así como existencia o no de cuestión nueva en suplicación) y en las pretensiones (calificación de nulidad del despido, objetivo en la sentencia recurrida y disciplinario en la sentencia de contraste), y, especialmente, también en que en ambas se solicitó, en suplicación, la incongruencia de la sentencia de instancia; pese a ello la sentencia recurrida desestima la calificación de nulidad del despido objetivo improcedente de la trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijo menor, mientras la sentencia de contraste confirma la calificación de nulidad del despido disciplinario.

Tercero.

1.- Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que, por un lado, la Sala debería examinar el recurso de la trabajadora; pero, al mismo tiempo, la sentencia recurrida fue anulada y, en pronunciamiento que ha adquirido firmeza, se ordenó la retroacción de actuaciones para que el Juzgado de lo Social dictase nueva sentencia pronunciándose, expresamente, sobre los hechos que podrían llevar a la declaración o no de grupo de empresas.

Ahora bien, desde otra perspectiva, a pesar de la deficiente formulación del recurso, puede observarse que entre la denominada cuestión previa del recurso, la denominada contradicción doctrinal y la infracción del artículo 55 ET existe una íntima conexión al punto de que se estarían formulando dos infracciones con una misma sentencia de contraste, tal como revela el suplico del recurso y el propio análisis de la infracción denunciada. En efecto, respecto de la comparación de las sentencias recurrida y referencial, es evidente que existe contradicción entre lo manifestado en el recurso como "cuestión previa" y lo resuelto en la sentencia de contraste. En efecto, lo pretendido por la recurrente es la nulidad de la sentencia recurrida por no haberse pronunciado sobre la nulidad del despido; esto es, califica la sentencia de incongruente y, consecuentemente solicita la reposición de actuaciones para que la sentencia de instancia se pronuncie expresamente sobre la pretendida nulidad. En la sentencia referencial el debate viene a ser el mismo pero de forma inversa; esto es, la sentencia niega la existencia de incongruencia en un supuesto en que la resolución de instancia declaró el despido nulo pese a que en el suplico de la demanda no figuraba tal pretensión, ya que la única que figuraba era la de la improcedencia.

2.- La flexibilidad aplicada por esta Sala de casación en orden a determinar la concurrencia del requisito o presupuesto de contradicción de sentencias ex art. 219.1 LRJS cuando se trata de infracciones procesales que pudieran generar indefensión se evidencia en nuestras sentencias de 1 de junio de 2016 (rcud. 3241/2014); 11 de marzo de 2015 (rcud 1797/2014), 7 de abril de 2015 (rcud 1187/2014), que se remiten al Acuerdo adoptado en Pleno no jurisdiccional de fecha 11-02-2015 sobre el requisito de la contradicción en materia de infracciones procesales respecto del recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se decidió que "Al analizar la contradicción en materia de infracciones procesales se exigirá siempre la concurrencia de la suficiente homogeneidad en la infracción procesal respectiva, con objeto de que se pueda examinar una divergencia de doctrinas que deba corregirse respecto de alguno de los aspectos propios de la tutela judicial efectiva" y que "Cuando en el recurso se invoque motivo de infracción procesal las identidades del art. 219.1 LRJS deben estar referidas a la controversia procesal planteada, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias comparadas". No es, por tanto, la cuestión sustantiva que constituye el fondo del asunto la que debe ser analizada para determinar si concurren los supuestos de contradicción del artículo 219.1 LRJS, sino la controversia planteada respecto de la infracción procesal sobre la que versen la sentencia recurrida y la de contraste y la necesidad de que concurra en este extremo suficiente homogeneidad (STS 11-3-2015, R. 1797/2014. En el mismo sentido: SSTS de 1 de junio de 2016, R. 3241/2014; de 14 de julio de 2016, R. 3761/2014; de 12 y 26 de enero de 2017, R. 1608/2015 y 115/2016; y 28 de febrero de 2016, R. 2698/2015; entre otras).

3.- La aplicación de la indicada doctrina al supuesto que examinamos permite llegar a la conclusión de que debe estimarse el recurso que se examina en cuanto a la solicitud de la nulidad de actuaciones. En efecto, a pesar de que la incongruencia se produce con carácter general cuando un Juzgado o Tribunal concede algo

distinto de lo que las partes han solicitado, cuando se trata del ejercicio de la acción de despido la calificación del mismo exige que en la demanda se hayan hecho constar los hechos que corresponden a la calificación (art. 104 c LRJS), en concreto, " c) Si el trabajador ostenta, o ha ostentado en el año anterior al despido, la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores, así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, en su caso".).

Aunque en el proceso laboral rige el principio de justicia rogada (art. 216 LEC), el mandato del art. 108.2 LRJS obliga al juez a declarar el despido nulo (art. 108.3 LRJS), pues las circunstancias a las que se refieren los apartados a), b) o c) del artículo 108.2 LRJS constituyen un sistema de tutela objetiva y automática frente al despido (STS de 23 de diciembre de 2014, rec. 2091/2013), de modo que si el empleador no acredita la concurrencia de la causa que justifique su decisión extintiva, ésta no será declarada improcedente sino nula (STS de 20 de enero de 2015, rec. 2415/2013), sin necesidad de que la persona despedida tenga que aportar indicio alguno sobre la conculcación de un derecho fundamental, sino que basta con que acredite alguna de las circunstancias descritas en los apartados a), b) o c) del artículo 108.2 LRJS (STS de 30 de abril de 2009, rec. 2428/2008).

Pero es que, además, el principio de congruencia de la sentencia requiere, en primer lugar, no apartarse de la causa de pedir de la demanda y, en segundo lugar, requiere resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes (art. 218.1 LEC). En el presente caso, no puede sostenerse que en la demanda, que dio comienzo al presente litigio, no se haya pretendido la declaración de nulidad del despido; es cierto que, en el suplico de la misma, tan sólo se pide que se declare el despido improcedente, pero no es menos cierto que toda demanda forma un conjunto unitario, sin que sea posible dividirla o separarla en diferentes partes comunicadas entre sí, como si se tratara de distintos compartimentos estancos; por ello, si como acaece en el presente supuesto, en el cuerpo de tal demanda se dice con toda claridad que la trabajadora demandante se encontraba en reducción de jornada por cuidado de hijos y en la misma se reitera que tal situación implica la nulidad del despido, es obligado concluir que ésta es la pretensión que realmente se ejercita en esa demanda, aunque al redactarse el suplico de ésta sólo se hubiese pedido, quizá por un simple "lapsus calami", la improcedencia del despido.

Cuarto.

Todo lo expuesto permite a la Sala llegar a la conclusión, oído el Ministerio Fiscal, de que la sentencia recurrida resultó incongruente al no haberse pronunciado sobre la pretendida nulidad del despido. Ello implica, a la postre, que habiéndose ya acordado en suplicación la nulidad de la sentencia con retroacción de actuaciones, la misma deba mantenerse necesariamente puesto que no ha sido combatida en este recurso, pero ampliando las causas de dicha nulidad, ordenando al Juzgado de instancia que se pronuncie sobre la nulidad del despido, además de sobre los hechos que considera probados en orden a acreditar la existencia o no de un grupo de empresas.

Sin costas, de conformidad con el artículo 135 LRJS.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.- Estimar parcialmente el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Petra representada y asistida por el letrado D. Carlos Berástegui Afonso.

2.- Casar y anular en parte la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Santa Cruz de Tenerife, en recurso de suplicación nº. 139/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de julio de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº. 4 de

Santa Cruz de Tenerife, en autos nº. 9/2016, seguidos a instancias de D^a. Petra contra Club La Costa UK PLC, New Jasley Holdings SL, D. Leovigildo y Paradise Trading SL, y el Fondo de Garantía Salarial sobre despido.

3.- Resolver el debate en suplicación estimando, en parte, el de tal clase formulado por la representación de D^a. Petra, manteniendo la nulidad de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 4 de Santa Cruz de Tenerife, en autos nº. 9/2016, ordenando retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que dicho juzgado, con libertad de criterio, se pronuncie sobre los hechos que considera probados en orden a acreditar la existencia o no de un grupo de empresas y sobre la solicitud de nulidad del despido formulada por D^a Petra.

4.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.
Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR que formula la MAGISTRADA EXCMA. SRA. DOÑA ROSA MARÍA VIROLÉS PIÑOL, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto de la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4443/2017.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4443/2017 para sostener la posición mantenida en la deliberación acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, por cuanto oportunamente se dirá, basando el presente voto particular en las siguientes consideraciones jurídicas:

Primera.

1.- La sentencia en su voto mayoritario, resuelve, como refleja su parte dispositiva:

<<1.- Estimar parcialmente el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Petra representada y asistida por el letrado D. Carlos Berasategui Afonso.

2.- Casar y anular en parte la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Santa Cruz de Tenerife, en recurso de suplicación nº. 139/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de julio de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº. 4 de Santa Cruz de Tenerife, en autos nº. 9/2016, seguidos a instancias de D^a. Petra contra Club La Costa UK PLC, New Jasley Holdings SL, D. Leovigildo y Paradise Trading SL, y el Fondo de Garantía Salarial sobre despido.

3.- Resolver el debate en suplicación estimando, en parte, el de tal clase formulado por la representación de D^a. Petra, manteniendo la nulidad de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 4 de Santa Cruz de Tenerife, en autos nº. 9/2016, ordenando retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que dicho juzgado, con libertad de criterio, se pronuncie sobre los hechos que considera probados en orden a acreditar la existencia o no de un grupo de empresas y sobre la solicitud de nulidad del despido formulada por D^a Petra>>.

2.- El voto mayoritario, tras aceptar la existencia de contradicción entre las sentencias comparadas, pone de manifiesto la deficiente formalización del recurso, señalando en el FD tercero:

<<Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que, por un lado, la Sala debería examinar el recurso de la trabajadora; pero, al mismo tiempo, la sentencia recurrida fue anulada y, en pronunciamiento que ha adquirido firmeza, se ordenó la retroacción de actuaciones para que el Juzgado de lo Social dictase nueva sentencia pronunciándose, expresamente, sobre los hechos que podrían llevar a la declaración o no de grupo de empresas.

Ahora bien, desde otra perspectiva, a pesar de la deficiente formulación del recurso, puede observarse que, entre la denominada cuestión previa del recurso, la denominada contradicción doctrinal y la infracción del artículo 55 ET existe una íntima conexión al punto de que se estarían formulando dos infracciones con una misma

sentencia de contraste, tal como revela el suplico del recurso y el propio análisis de la infracción denunciada. En efecto, respecto de la comparación de las sentencias recurrida y referencial, es evidente que existe contradicción entre lo manifestado en el recurso como "cuestión previa" y lo resuelto en la sentencia de contraste. En efecto, lo pretendido por la recurrente es la nulidad de la sentencia recurrida por no haberse pronunciado sobre la nulidad del despido; esto es, califica la sentencia de incongruente y, consecuentemente solicita la reposición de actuaciones para que la sentencia de instancia se pronuncie expresamente sobre la pretendida nulidad. En la sentencia referencial el debate viene a ser el mismo pero de forma inversa; esto es, la sentencia niega la existencia de incongruencia en un supuesto en que la resolución de instancia declaró el despido nulo pese a que en el suplico de la demanda no figuraba tal pretensión, ya que la única que figuraba era la de la improcedencia>>.

La sentencia entiende que debe estimarse el recurso de la trabajadora en cuanto a la solicitud de nulidad de actuaciones, señalando que:

<<el principio de congruencia de la sentencia requiere, en primer lugar, no apartarse de la causa de pedir de la demanda y, en segundo lugar, requiere resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes (art. 218.1 LEC). En el presente caso, no puede sostenerse que en la demanda, que dio comienzo al presente litigio, no se haya pretendido la declaración de nulidad del despido; es cierto que, en el suplico de la misma, tan sólo se pide que se declare el despido improcedente, pero no es menos cierto que toda demanda forma un conjunto unitario, sin que sea posible dividirla o separarla en diferentes partes comunicadas entre sí, como si se tratara de distintos compartimentos estancos; por ello, si como acaece en el presente supuesto, en el cuerpo de tal demanda se dice con toda claridad que la trabajadora demandante se encontraba en reducción de jornada por cuidado de hijos y en la misma se reitera que tal situación implica la nulidad del despido, es obligado concluir que ésta es la pretensión que realmente se ejercita en esa demanda, aunque al redactarse el suplico de ésta sólo se hubiese pedido, quizá por un simple "lapsus calami", la improcedencia del despido.

(...) la sentencia recurrida resultó incongruente al no haberse pronunciado sobre la pretendida nulidad del despido. Ello implica, a la postre, que habiéndose ya acordado en suplicación la nulidad de la sentencia con retroacción de actuaciones, la misma deba mantenerse necesariamente puesto que no ha sido combatida en este recurso, pero ampliando las causas de dicha nulidad, ordenando al Juzgado de instancia que se pronuncie sobre la nulidad del despido, además de sobre los hechos que considera probados en orden a acreditar la existencia o no de un grupo de empresas>>.

3.- En definitiva, la sentencia en su voto mayoritario, resuelve sobre un recurso que entiende es defectuoso, y sobre lo que supuestamente debió invocarse, construyendo en gran medida el recurso a la trabajadora, que se limita a impugnar la calificación del despido en un primer motivo de recurso para el que acompañó la correspondiente sentencia de contraste como requiere el art. 219 de la LRJS, y si bien en un segundo motivo alega la incongruencia de la sentencia, la recurrente no aportó sentencia de contraste alguna, por lo que el motivo por defectuosamente formulado no debió examinarse.

Segunda.

1.- Para la que suscribe, dicho sea con los debidos respetos al voto mayoritario, la resolución del caso pasa por cuanto seguidamente se señala:

Es objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina la sentencia recurrida (STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, 25/09/2017, rec. 139/2017), que en lo que al presente recurso de casación unificadora interesa, desestima el recurso de suplicación presentado por la trabajadora, confirmando la sentencia de instancia en el concreto punto de la calificación de improcedencia del despido objetivo efectuado por el empresario formal de la trabajadora lo cual no se discute, anulando la sentencia en relación a la existencia o no de grupo de empresas, habiendo recurrido en suplicación la empresa real y formal y habiéndose aquietado en todo momento las restantes empresas.

Para la sentencia recurrida, con escasa claridad en cuanto a su decisión, no puede calificarse el despido de la trabajadora como nulo, pese a constar tras la revisión fáctica la reducción de jornada por el cuidado de un

hijo menor, por entender que se trata de una cuestión nueva, introducida por la trabajadora en el trámite de aclaración de la sentencia de instancia y reiterada posteriormente en el recurso de suplicación.

No obstante ello, en la demanda en su día presentada por la trabajadora consta tanto en los hechos como en los fundamentos la reducción de jornada por cuidado de un hijo disfrutada por la trabajadora, así como la pretensión de nulidad del despido objetivo, si bien en el suplico de la demanda se pretende la calificación de improcedencia.

En concreto, en el hecho primero de la demanda, la actora señala expresamente que "la reclamante disfruta de una reducción de jornada por cuidado de hijo menor", y en el hecho sexto, párrafo último, que el despido debe ser declarado nulo por estar la actora en reducción de jornada, o sólo con carácter subsidiario, improcedente. Asimismo, dentro de la prueba documental presentada en el juicio oral por la demandante, figura una cláusula adicional del contrato de trabajo entre la actora y "Club la Costa" de modificación de jornada conforme a lo establecido en el art. 37.5 ET, obrante al folio 162.

Y, en el acto de la vista oral, recogida en CD, el abogado de la demandante expresamente solicitó en sus conclusiones que el despido fuera declarado nulo por estar la trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijo.

2.- Se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina por la demandante contra la sentencia de suplicación, en relación exclusivamente con la calificación del despido, por haber confirmado la sentencia de instancia y con ello la calificación de improcedencia, en lugar de nulidad, del despido objetivo de la trabajadora en situación de reducción de jornada por cuidado de hijo menor.

Se articula por la recurrente un motivo de recurso dirigido a la declaración de nulidad del despido, designando como sentencia de contraste la STSJ de Canarias/Las Palmas de Gran Canaria de 06/03/2003, rec. 1958/2002. Se acepta por la que suscribe la concurrencia del requisito de contradicción entre las sentencias comparadas.

Tercero.

1.- Por la recurrente se denunciaba en el primer motivo de recurso, la infracción del art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, interesando la nulidad de la sentencia recurrida para que por el órgano judicial competente resuelva conforme a la petición de nulidad del despido planteada en el escrito de demanda, y ello conforme al art. 81.1 LRJS al no haberse dado a la parte un plazo para subsanar el suplico de la demanda; y subsidiariamente interesa se case y anule la sentencia recurrida, declarando la nulidad del despido de que fue objeto la trabajadora recurrente.

2.- Estimo que no ha lugar a la pretensión principal de nulidad de la sentencia, por cuanto no se planteado un motivo formal de recurso, ni aportado sentencia de contraste al respecto.

3.- Respecto a la pretensión subsidiaria formulada con denuncia de infracción de lo dispuesto en el art. 55.5 ET el recurso debió prosperar por cuanto se señala a continuación:

La cuestión litigiosa queda centrada en determinar si el despido objetivo de una trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijo, debe ser declarado improcedente porque en el suplico de la demanda solo se pedía la declaración de despido improcedente, a pesar de que en el cuerpo de la demanda se especificaba que al haber sido la trabajadora cesada en tal situación su despido debía declararse nulo.

La sentencia recurrida desestimó el recurso de suplicación de la actora formulado contra la sentencia de instancia que declaró su despido improcedente por la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales entre las empresas demandadas. Solicitada por la actora aclaración sobre la nulidad solicitada, el Juzgado de lo Social la denegó por no haberse solicitado en el suplico de la demanda.

En sede de suplicación se admite que "desde el 16 de marzo de 2015 la reclamante tenía una reducción del 25% de su jornada, conforme a lo establecido en el art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, y en razón del cuidado de su hijo menor, según consta en el folio 162 de las actuaciones", si bien no amplía el relato fáctico al considerar que la adición es intrascendente, al plantear por primera vez la pretensión de nulidad en vía de aclaración de sentencia.

No obstante ello, como queda dicho anteriormente, en la demanda en su día presentada por la trabajadora consta tanto en los hechos como en los fundamentos la reducción de jornada por cuidado de un hijo disfrutada por la trabajadora, así como la pretensión de nulidad del despido objetivo, si bien en el suplico de la demanda se pretende la calificación de improcedencia. En concreto, en el hecho primero de la demanda, la actora señala expresamente que "la reclamante disfruta de una reducción de jornada por cuidado de hijo menor", y en el hecho sexto, párrafo último, que el despido debe ser declarado nulo por estar la actora en reducción de jornada, o sólo con carácter subsidiario, improcedente. Asimismo, dentro de la prueba documental presentada en el juicio oral por la demandante, figura una cláusula adicional del contrato de trabajo entre la actora y "Club la Costa" de modificación de jornada conforme a lo establecido en el art. 37.5 ET, obrante al folio 162.

Y, en el acto de la vista oral, recogida en CD, el abogado de la demandante expresamente solicitó en sus conclusiones que el despido fuera declarado nulo por estar la trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijo.

4.- El art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores dispone:

<<Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

a) El de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando de la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

c) El de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados>>.

Atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, es claro que la buena doctrina se contiene en la sentencia de contraste, y el despido debe calificarse como nulo por las dos razones que se recogen en la misma: Porque la calificación de nulidad del despido no plantea una cuestión nueva por cuanto ya se contenía en el escrito de demanda con las particularidades expuestas, y porque la calificación del despido corresponde al Juzgador.

La cuestión planteada ha sido resuelta por esta Sala IV/TS, respecto a la calificación del despido como nulo, entre otras, en la STS/IV de 11 de enero de 2018 (rcud. 26/2016), en la que señalábamos

<<La cuestión controvertida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que -como hemos anticipado- se centra en determinar si en un supuesto de trabajador con reducción de jornada por guarda legal de su hija el despido injustificado debe ser declarado improcedente o nulo, ha sido ya objeto de examen y resolución por esta Sala, en otras, en la sentencia de 25 de noviembre de 2014 (rcud 2344/2013), y en la más reciente de 18 de abril de 2017 (rcud. 2771/2015) en la que se invoca precisamente aquella para la confrontación

doctrinal al igual que en el presente recurso, y en la que se recuerda el apartado 2 del fundamento jurídico segundo de dicha sentencia aportada como referencial en ambos procedimientos, que "El motivo debe prosperar porque, como en supuestos semejantes de guarda o atención a un familiar ha declarado esta Sala (SS. TS. de 16 de octubre de 2012 (Rcud. 247/2011) y 25 de enero de 2013 (Rcud. 1144/2012) entre otras, como las en ellas citadas que sigue a la del T.C. nº 92/2008, de 21 de julio, la protección que los preceptos citados otorgan quedaría vacía de contenido si no conllevara la nulidad objetiva de las conductas que atentan contra él, cual acaece con los despidos que se consideran improcedentes. Así en nuestra sentencia de 25 de enero de 2013 finalizamos diciendo: "Todo ello lleva a entender que el precepto es "configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa ... al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación". Conclusión frente a la que no cabe oponer el apartamiento -en este punto de protección objetiva- de la Directiva 92/85/CEE [19/Octubre/92] de la que la Ley 39/1999 era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba "superando los niveles mínimos de protección" previstos en la Directiva; ni tampoco es argumentable que la misma EM haga referencia al "despido motivado" por el embarazo, porque aún siendo claro que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios [por razón de embarazo], esa "finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como en el presente caso ocurre".">>.

Aplicado el art. 55.5 ET, y de acuerdo con la doctrina de esta Sala IV/TS, el despido de que fue objeto la trabajadora, debió ser declarado nulo.

Por otro lado, y respecto a la falta de petición de nulidad en el suplico de la demanda, cabe recordar la STS/IV de 28 de octubre de 1987, que ya señalaba que: "...no se debe desconocer que la calificación jurídica correspondiente al despido del trabajador es misión exclusiva del magistrado de Trabajo, quien a la vista del resultado de las pruebas verificadas en el acto del juicio, procederá a calificarlo en derecho sin tener que atenerse ni vincularse a la que se ha hecho en la demanda, bastando con que el demandante impugne en su demanda el despido de que ha sido objeto, señalando los datos personales de las parte litigantes, lugar y clase de trabajo, antigüedad y salario en las de despido, su fecha y los motivos alegados por la empresa, para que a la vista de ello y de las pruebas practicadas, calificar en derecho el despido de, procedente, improcedente, nulo o radicalmente nulo."

Y en la STS/IV de 23 de marzo de 2005 (rcud. 25/2004) señalábamos:

<< El recurso así planteado merece prosperar en tanto en cuanto, a pesar de que la incongruencia se produce con carácter general cuando un Juzgado o Tribunal concede algo distinto de lo que las partes han solicitado, cuando se trata del ejercicio de la acción de despido la calificación del mismo no depende de lo que la parte diga o pida sino de lo que con arreglo a derecho proceda decir, por lo que no es incongruente una sentencia que declare la improcedencia de despido aunque se haya solicitado la nulidad por cuanto dentro de la acción de despido cabe hacer una u otra calificación de conformidad con las distintas previsiones que se contienen en el art. 55 ET, correspondiendo esa calificación al órgano jurisdiccional y no a la parte a la que lo único que le corresponde es la prueba de que dicho despido se produjo.

En relación con esta cuestión esta Sala del Tribunal Supremo tiene dicho desde antiguo, así en STS de 20 de diciembre de 1989 que "por despido se entiende la extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario" y que la "posible diversidad de efectos o resultados no tiene otra causa o razón que la distinta calificación jurídica que corresponde aplicar a esa única extinción contractual, calificación que ha de efectuarse necesariamente en la sentencia que recaiga en ese proceso después del examen, valoración y enjuiciamiento de todas las alegaciones, pruebas y datos que obren en autos ". En este mismo sentido la STS de 28 de octubre de 1987 ya había dicho que "la calificación jurídica correspondiente al despido del trabajador es misión exclusiva del Magistrado de Trabajo quien a la vista del resultado de las pruebas verificadas en el acto del juicio procederá a calificarlo en Derecho, sin tener que atenerse ni vincularse a la que se ha hecho en la demanda, bastando con que el demandante impugne en su demanda el despido de que ha sido objeto"; y, en definitiva, la sentencia citada como contradictoria - la ya citada STS de 19 de junio de 1990 -, apoyándose y ratificando tales argumentos declaró de forma paladina que "habiéndose pedido en el suplico de la demanda que el despido se declarase

radicalmente nulo, no resulta incongruente con esta pretensión la sentencia que declara el despido improcedente o simplemente nulo".

Esta doctrina merece la pena recordarla porque es igualmente aplicable en la actualidad a pesar de las diversas modificaciones que ha sufrido el art. 55 ET y de que aquellas sentencias no se dictaron en unificación de doctrina sino resolviendo recursos de casación tradicionales en razón de sus fechas, pero es la doctrina acomodada a derecho como lo acredita el hecho de que esta Sala, ya en unificación de doctrina, y aun no planteándose de manera frontal esta misma cuestión se haya pronunciado en multitud de ocasiones declarando la improcedencia de despidos que en la demanda habían sido calificados de nulos o de radicalmente nulos cuando ha estimado que no podía ser apreciada la causa de nulidad alegada - por todas STS 29-1-2001 (Rec.- 1566/00).

Por lo tanto este motivo de recurso merece prosperar por cuanto, dado que la Sala llegó a la conclusión de que el trabajador de referencia había sido despedido y que el despido era improcedente, no pudo desestimar su demanda por el hecho de que él hubiera solicitado la declaración de su despido como nulo, pues no hubiera incurrido en incongruencia si lo hubiera declarado así. >>

Doctrina de aplicación al supuesto enjuiciado, y que determina la estimación del recurso limitado a la calificación del despido de que fue objeto la trabajadora, que ha de calificarse como nulo, reafirmando que la calificación jurídica correspondiente al despido de la persona trabajadora es misión exclusiva del juzgador, con independencia de la petición vertida en la demanda, y es en este sentido que formulo el presente voto particular.

En Madrid, a 2 de octubre de 2020

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.