



Roj: **STSJ GAL 9062/2012 - ECLI: ES:TSJGAL:2012:9062**

Id Cendoj: **15030340012012105106**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **09/11/2012**

Nº de Recurso: **4127/2012**

Nº de Resolución: **5418/2012**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **ISABEL OLMOS PARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 36057 44 4 2012 0000318

402250 **SECRETARÍA D^a. M^a. ASUNCIÓN BARRIO CALLE JS**

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0004127 /2012

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000067 /2012 JDO. DE LO SOCIAL nº 003 de VIGO

Recurrente/s: PROFEICO ATLANTICO SL

Abogado/a: JOSE CARLOS DAVILA FERNANDEZ

Recurrido/s: ORENSE BENAVENTE SA, MANTELNOR OUTSOURCING, S.L. , MANTENIMIENTOS Y SERVICIOS DE GALICIA, S.L. , GESTRABUS,SL , Maribel

Abogado/a: VICENTE GARCIA LEGISIMA, NOELIA MARIA MARTINEZ VIEITO , CRISTINA PESQUEIRA GARCIA

ILMOS/ILMAS SRES/SRASMAGISTRADO/A:

MANUEL DOMINGUEZ LOPEZ

MARIA ANTONIA REY EIBE

ISABEL OLMOS PARES

En A CORUÑA, a nueve de Noviembre de dos mil doce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0004127/2012, formalizado por el LETRADO D. CARLOS DAVILA FERNANDEZ, en nombre y representación de PROFEICO ATLANTICO SL, contra la sentencia dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de VIGO en el procedimiento DEMANDA 0000067/2012, seguidos a instancia de Maribel frente a ORENSE BENAVENTE SA, MANTELNOR OUTSOURCING, S.L., MANTENIMIENTOS Y SERVICIOS DE GALICIA,



S.L., GESTRABUS,SL, PROFEICO ATLANTICO SL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª ISABEL OLMOS PARES.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Dª. Maribel presentó demanda contra ORENSE BENAVENTE SA, MANTELNOR OUTSOURCING, S.L., MANTENIMIENTOS Y SERVICIOS DE GALICIA, S.L., GESTRABUS,SL, PROFEICO ATLANTICO SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha treinta de Abril de dos mil doce .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1.- La parte actora Doña Maribel , con DNI n° NUM000 , ha venido prestando servicios para la demandada PROFEICO ATLÁNTICO, S.L. (en adelante Profeico), a través de un contrato de duración indefinida a tiempo Parcial (17,50 horas semanales), con una antigüedad de 11/09/2006, categoría profesional de Acompañante de transporte (escolar), y percibiendo un salario mensual bruto de 374,15 con inclusión de prorratas de pagas extraordinarias (por diez mensualidades). Las partes en la última contratación, habían constituido la relación laboral como de carácter fijo-discontinuo.- folios 983 a 985, 994-995; 106-107.-

2.- La actora inició la relación laboral con las codemandadas prestando servicios para cada una de ellas durante los siguientes periodos:

-Del 11/09/2006 al 22/06/2007 para Mantenimientos y Servicios de Galicia, S.L., a través de un contrato temporal en su modalidad de obra o servicio determinado a tiempo parcial.

-Del 12/09/2007 a 20/06/2008 y del 11/09/2008 a 23/06/2009 para Gestrabús, S.L., a través de un contrato temporal en su modalidad de obra o servicio determinado a tiempo parcial.

-Del 10/09/2009 al 22/06/2010 con Mantelnor Outsourcing, S.L., a través de un contrato temporal en su modalidad de obra o servicio determinado a tiempo parcial.

-Del 10/09/2010 al 22/06/2011 con Profeico, a través de un contrato temporal en su modalidad de obra o servicio determinado a tiempo parcial. Y del 12/09/2011 hasta el 02/12/2011 a través de un contrato indefinido para la realización de trabajos fijos discontinuos.- folios 49-50; 103 a 107; 984 a 993; 915-917; 951 a 960.-

3.- En fecha 21/11/2011 Profeico remitió carta a la trabajadora mediante la cual le comunicaba la extinción de su contrato de trabajo con efectos de 02/12/2011, con el siguiente tenor literal:

"Muy Sra. Nuestra:

Según comunicado recibido de nuestro cliente Orense Benavente, S.A. (7 que se adjunta a esta carta), por el cual se notifica a PROFEICO ATLANTICO, S.L., la rescisión del contrato de servicios de acompañante de transporte escolar, el próximo día 02 de Diciembre de 2011. Le comunicamos mediante la presente, dentro del plazo reglamentario, que en dicha fecha se procederá a rescindir su relación laboral con la misma por finalización de la vigencia del contrato suscrito". Junto con la comunicación extintiva, Profeico adjuntó notificación de la empresa Orense Benavente, S.A., de fecha 17/11/2011 en virtud de la cual se resolvía el contrato de arrendamiento de servicios de acompañantes de transporte escolar suscrito entre ambas partes en fecha 01/09/2009, y cuyo contenido, en aras a la brevedad, damos aquí par enteramente reproducido. La empresa comunicó asimismo a la trabajadora en documento aparte que la nueva adjudicataria del servicio era la empresa Mantelnor Outsourcing, S.L. (en adelante Mantelnor)- folios 108-110; 111; 996 a 998.-

4.- Profeico comunicó la extinción contractual a la presidenta del Comité de Empresa.- folio 112.-

5.- La empresa Gestrabús, S.L., fue constituida el 04/09/2000 por la empresa Vigo-Barcelona y Don Alexander ; tiene como objeto social "la actividad de comercialización y venta de billete de servicios regulares de viajeros, prestación de servicios de limpieza, mantenimiento conservación y guarda de autobuses; prestación a empresas de transportes de viajeros, de mercancías, de agencias de viajes, centros de enseñanza-de titularidad pública o privada-, asociaciones de padres de alumnos y cualquier otra persona física o jurídica, de servicios profesionales de conducción, con o sin vehículo, de acompañamiento y vigilancia de escolares y adultos en autobús, ocupándose de la custodia de los mismos al subir y bajar de estos y durante su traslado a través del territorio nacional o extranjero. Tales actividades podrán ser realizadas por la Sociedad, ya directamente, ya indirectamente, incluso mediante su participación en otras sociedades de objeto idéntico o análogo". Su



- domicilio social se encuentra en Lugo, C/ Louzaneta s/n y es Administrador único de la misma Don Arsenio .- folios 180 a 208.-
- 6.- La empresa Mantenimientos y Servicios de Galicia, S.L., fue constituida el 05/02/1991. Su domicilio social quedó fijado en Lugo C/ Louzaneta s/n, por escritura de 31/01/2003. Su objeto social es "la actividad de comercialización y venta de billeteaje de servicios regulares de viajeros, prestación de servicios de limpieza, mantenimiento conservación y guarda de autobuses; prestación a empresas de transportes de viajeros, de mercancías, agencias de viajes, centros de enseñanza-de titularidad pública o privada-, asociaciones de padres de alumnos y cualquier otra persona física o jurídica, de servicios profesionales de conducción, con o sin vehículo, de acompañamiento y vigilancia de escolares y adultos en autobús, ocupándose de la custodia de los mismos al subir y bajar de estos y durante su traslado a través del territorio nacional o extranjero. La instalación programación y mantenimiento de redes, centralitas, equipos informáticos y aparatos electrónicos y eléctricos de todo tipo. La compraventa de equipos informáticos y todo tipo de aparatos electrónicos y eléctricos, así como de todos sus repuestos y accesorios. Compraventa de software y hardware. La elaboración de software para equipos informáticos y aparatos electrónicos y eléctricos de todo tipo. Elaboración de páginas web. Servicios de asesoramiento informático a empresas y particulares". Es Administrador único Don Braulio .- folios 210 a 308.-
- 7.- La empresa Orense Benavente, S.A., fue constituida el 19/08/1983. Su socio único es la mercantil "Villalón, S.A.". Tiene fijado su domicilio social en Lugo, en el Polígono de Louzaneta, As Arrieiras, C/ Cotón de Arriba, 2. Su objeto social lo constituye "A. La explotación del transporte público por carretera tanto en las nacionales como en las de los demás miembros de la Comunidad Económica Europea. B. la importación y exportación y reparación de los vehículos para el cumplimiento del objeto social al que se refiere el apartado anterior. C. La participación en todo tipo de sociedades, de objeto análogo o similar previo acuerdo de la Junta General de Accionistas, y a tenor de la Ley de Sociedades Anónimas. Es Administrador único Don Arsenio .- folios 310 a 400.-
- 8.- Las empresas, Orense Benavente, S.A.; Gestrabús, S.L., y Mantenimientos y Servicios de Galicia, S.L., forman parte del GRUPO MONBUS quien tiene la adjudicación del servicio de transporte escolar de la Xunta de Galicia (Orense Benavente, S.A., lleva una zona en la provincia de Pontevedra -Zona Cañiza-). Las empresas auxiliares del Grupo, Gestrabús S.L. y Mantenimientos y Servicios de Galicia, S.L., llevaron a cabo inicialmente y desde el año 2006, los servicios de acompañamiento del transporte escolar, con las mismas trabajadoras, entre ellas la actora. A partir del año 2009 tal servicio se externalizó, pasando a ser la adjudicataria del mismo la empresa Mantelnor quien, en aquel momento, asumió la plantilla que venía realizando el acompañamiento en el transporte escolar hasta entonces, entre ellas a la actora. Durante todo el periodo la actora ha estado realizando la misma actividad y en la misma ruta, si bien en cada empresa donde ha prestado servicios el encargado era una persona distinta.- interrogatorio de la actora; interrogatorio del Legal Representante de Gestrabús, S.L., y testifical del Sr. Alexis .-
- 9.- En el año 2010 Profeico pasa a ser la adjudicataria del Servicio de acompañamiento del transporte escolar, y asumió la plantilla que hasta entonces realizaba el servicio en Mantelnor, en total 7 trabajadores, entre ellos la actora. Se firmó al efecto contrato de arrendamiento de Servicios con la empresa Orense Benavente, S.A. cuyo contenido se tiene aquí por enteramente reproducido. La Sra. Custodia , del grupo Monbús, proporcionó a Profeico, la lista de los trabajadores y horarios que venían realizando con anterioridad para Mantelnor.- folios 128 a 137 y 141 a 161, testifical Don. Alexis .-
- 10.- En fecha 17/11/2011 la empresa Orense Benavente, S.A., comunicó a Proteico, su voluntad de rescindir el contrato de arrendamiento de servicios de acompañantes en transporte escolar concertado entre ambas partes el 01/09/2009.- folio 162.-
- 11.- En fecha 13/12/2011 la empresa Mantelnor envió burofax al Representante Legal de Profeico, cuyo contenido se tiene aquí por reproducido, solicitando dejasen de asesorar a los trabajadores en el sentido de que deberían ser subrogados por Mantelnor.- folio 113.-
- 12.- La empresa Mantelnor fue constituida el 05/03/1997. Se rige por Convenio Colectivo propio para los años 2009-2014 (BOE nº 210 de 31/08/2009). Su objeto social, es la prestación de servicios de externalización, entre otros la realización de labores de acompañantes en tareas de transporte escolar. Actividad que viene desarrollando desde al menos el año 2000, habiendo firmado al efectos numerosos contratos de arrendamientos de servicios con distintos Colegios y Sociedades de transporte. Realiza tales funciones con estructura, organización y medios materiales y personales propios, formando a su personal como acompañantes de autobuses, elaborando un manual al efecto; así como en materia de prevención de riesgos laborales, y con establecimiento de procedimientos y sistemas de funcionamiento de trabajo propios. El



supervisor, realiza un informe de gestión sobre el servicio de acompañantes en las distintas rutas - folios 406 a 541; 555 a 590; 608 a 690; 884 a 912.-

13.- Mantelnor, tras la firma del contrato con Orense Benavente, S.A. de 05/12/2011, de prestación de servicios de acompañamiento de transporte con vigencia hasta la finalización del curso 2011/2012, no ha asumido a ningún trabajador de la empresa Profeico. En las cláusulas segunda y tercera del mencionado contrato se establece que "el personal destinado a los servicios depende única y exclusivamente de Mantelnor, actuando bajo sus directrices...", que Mantelnor realizará el servicio "según sus propios criterios de gestión y organización... con su propio personal, con personal cualificado y con los medios materiales necesarios, ..." irán "uniformados o identificados con la imagen o logo de Mantelnor"... el servicio se ejecutará con su propia estructura de dirección y supervisión con sus propios medios materiales y personales, nombrando al efecto un responsable del servicio" (...). En la ejecución del servicio por Mantelnor, si los trabajadores tienen alguna incidencia en la ruta deben llamar a la oficina para su resolución. Además Mantelnor utiliza sus propios chalecos, y demás medios materiales, así como sus propios procedimientos y sistemas de funcionamiento, utilizando el sistema que se denomina "vigilant". Se trata, resumidamente, de un sistema de control de asistencia que requiere una llamada por parte del trabajador acompañante a un número de teléfono gratuito antes del inicio de cada ruta, y que sirve para conocer si el trabajador/a ha acudido o no a su puesto de trabajo con el objeto de evitar incidencias. La empresa Mantelnor tiene adjudicadas sobre unas 300 rutas en Pontevedra, habiendo contratado a su propio personal, en cada una de ellas.- interrogatorio de la actora en relación con la testifical de la Sra. Florinda y folios 544 a 552; 592 a 605; 692 a 882.-

14.- La actora no es ni ha sido representante legal de los trabajadores en el último año.

15.- Se presentó papeleta de conciliación el 29/12/2011, habiéndose celebrado el acto en fecha 17/01/2012 con el resultado de intentada sin efecto, respecto de las empresas no comparecidas y sin avenencia respecto de las comparecidas.-folio 12.-

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

FALLO: Que estimando la excepción de caducidad de la acción formulada por la empresa ORENSE BENAVENTE, S.L., debo absolverla de los pedimentos formulados en su contra. Y Estimando parcialmente la demanda formulada por Doña Maribel , contra las empresas PROFEICO ATLANTICO, S.L., MANTELNOR OUTSOURCING, S.L., GESTRABUS, S.L., MANTENIMIENTOS Y SERVICIOS DE GALICIA, S.L., y contra ORENSE BENAVENTE, S.L., en reclamación por Despido, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de la actora de fecha 02/12/2011, condenando a la empresa PROFEICO ATLANTICO, S.L., a su opción, que deberá efectuar ante este Juzgado en el plazo de cinco días, a que readmita a la actora en su mismo puesto y condiciones de trabajo o a que le abone la cantidad de 2.478,41 en concepto de indemnización; más en todo caso los salarios de tramitación dejados de percibir desde el día del despido 02/12/2011 hasta el de la notificación de la presente resolución, a razón de 12,47 /día con los límites legales. Y debo absolver y absuelvo a las empresas MANTELNOR OUTSOURCING, S.L., GESTRABUS, S.L. y MANTENIMIENTOS Y SERVICIOS DE GALICIA, S.L., de los pedimentos formulados en su contra.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por PROFEICO ATLANTICO SL formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.J. GALICIA SALA DE LO SOCIAL en fecha 3 de agosto de 2012.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 9 de noviembre de 2012 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de instancia estimó la demanda de despido interpuesta por la trabajadora demandante respecto de la empresa PROFEICO ATLÁNTICO S.L. estimando, además, la caducidad de la acción de despido frente a la empresa ORENSE BENAVENTE S.L. y absolviendo al resto de empresas demandadas, MANTELNOR OUTSOURCING S.L., GESTRABUS S.L. y MANTENIMIENTOS Y SERVICIOS DE GALICIA S.L.. La condena a la Empresa PROFEICO ATLÁNTICO S.L. lo fue a que optase, en el plazo de cinco días, entre la readmisión de la trabajadora o el abono de una indemnización de 2.478,41 euros así como los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (2-12-2011) hasta la notificación de la sentencia de instancia a razón de 12,47 euros diarios. Frente a dicho pronunciamiento interpone recurso de suplicación la empresa PROFEICO ATLÁNTICO S.L. construyendo su recurso en base a tres motivos, con sede todos ellos en el artículo 193 c) de la LRJS y cuyo recurso ha sido impugnado por la representación letrada de la parte actora, por escrito



de la empresa MANTELNOR OUTSOURCING S.L., y por escrito conjunto de las empresas GESTRABUS S.L. y MANTENIMIENTOS Y SERVICIOS DE GALICIA S.L. y ORENSE BENAVENTE S.A.

SEGUNDO.- Que como decimos, la empresa recurrente recurre la sentencia de instancia, en primer lugar, al amparo del art. 193 c) de la LRJS, alegando la infracción del art. 44 apartados 1 y 2 del ET en relación con lo dispuesto en los artículos 6.4. y 7 del Código Civil y art. 35 de la CE aduciendo, en síntesis, que la empresa recurrente subrogó a la actora junto con el resto de trabajadores procedentes de la empresa Mantelnor Outsourcing S.L. cuando aquella se adjudicó la contrata de acompañamiento de servicio en el bus escolar y que por ello, del mismo modo, al resolverse la contrata antes de tiempo y ser de nuevo adjudicada a la empresa Mantelnor, ésta se debería haber hecho cargo de los trabajadores. Se añade que existe obligación de subrogar dado que estamos ante un caso de conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común y que por ello constituye una entidad económica al no existir otros factores de producción.

La cuestión de fondo, pues, es qué debe entenderse por transmisión o sucesión empresarial y si, en efecto, ésta se ha producido. El art. 44 del E.T. en su redacción originaria no definía el concepto de transmisión o sucesión o traspaso (término éste utilizado por la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo). Esa falta de definición legal determinó que fueran los tribunales los que tuvieran que decidir e interpretar cuando estábamos ante una sucesión empresarial. El criterio utilizado era, básicamente, el de la transmisión de los elementos patrimoniales que forman la organización productiva. Sin embargo, como señaló la S.T.S.J de Valencia de fecha 27 de febrero de 2003, *"e l problema surge cuando no se produce la efectiva transmisión de los elementos patrimoniales citados"*. En este sentido el Tribunal europeo ha realizado una interpretación amplia, con la finalidad de extender las garantías laborales, incluso a los supuestos de contratas, y para ello se ha centrado en lo que denomina la identidad económica. Así se expresó la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de diciembre de 1998 (TJCE 1998\309), casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal, que otorgan una especial consideración a los supuestos que afectan a sectores en que los elementos patrimoniales se reducen a «su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra», porque en esos supuestos se entiende que «un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica» a efectos de transmisión «cuando no existan otros factores de producción» y que si el nuevo concesionario «se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia, del personal que su antecesor destinaba a dicha tarea» puede entenderse que dicho empresario adquiere «el conjunto organizado de elementos que le permite continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable», incluso, cuando se dé la circunstancia «de que el personal del cedente fuera despedido solamente unos días antes de la fecha en que el cesionario se hizo cargo del personal, lo que demuestra que el motivo de despido fue la transmisión» (STJCE 24 de enero 2002 [TJCE 2002\29], caso TS, SA).

Este concepto de sucesión es un concepto basado en la idea de empresa/organización, criterio éste que vino a sustituir el que hasta la fecha se había venido utilizado por el TJCE más cercano a la idea o concepto de empresa/actividad; así la STJCE de 19 de mayo de 1992 que había considerado sucesión la revocación de una subvención pública a una fundación para concedérsela a otra con la misma finalidad (Caso Redmond Stichting) o la externalización del servicio de limpieza de un banco (STJCE de 14-4- 1994 Caso Schmidt). Esta evolución de la jurisprudencia comunitaria provocó la necesidad de promulgar una nueva Directiva, la 2001/23/CE y así se dice expresamente en los Considerandos de la misma para, entre otras cosas, reformular el concepto de traspaso. Así, en efecto, como señala la recurrente, actualmente está en vigor la Directiva 2001/23/CE que derogó la anterior (77/187/CEE) sobre Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresa, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad pero que ha sido traspuesta a nuestro derecho interno en el artículo 44 del E.T., en virtud de la nueva redacción dada por la LMURMT.

El art. 44 2º ET refiere pues la sucesión de empresa a la transmisión que afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria (fórmula tomada de la Directiva 2001/23/CE). Por su parte, la doctrina unificada, como señala la S.T.S de fecha 29 de mayo de 2008 (recurso nº 3617) y otras posteriores, así la de 28-4-2009 (Recurso nº 4614/2007) y la de 7 de diciembre de 2011 (Recurso nº 4665/2010) en relación a la idea de empresa/organización y actividad basada fundamentalmente en mano de obra ha afirma que *" Es cierto que, las sentencias que se vienen mencionado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han sostenido que "puede bastar, en determinadas circunstancias, con que el nuevo adjudicatario de la contrata se haya hecho cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que su antecesor destinaba especialmente a la ejecución de su contrata", (sentencia Süzen, fundamento 19), y por ello han afirmado que la entidad económica "puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias,*



del personal que su antecesor destinaba especialmente en dicha tarea", (sentencias, Sützen fundamento 21, Hernández Vidal fundamento 32, Sánchez Hidalgo fundamento 32, Allen fundamento 29, Liikenne fundamento 38, y Temco fundamento 26).

Esta doctrina es la que se conoce como doctrina de la sucesión de plantilla formulada en el sentido de que "en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continua con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario. Por contra, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión de empresa si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad".

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso obliga a desestimar el recurso por ser correcta la solución que da la sentencia recurrida con cita de la jurisprudencia ahora citada. Es así porque si bien aquí hay una sucesión en la actividad, no hay transmisión alguna de elementos materiales y lo que es más importante, no hay asunción de plantilla de modo que no puede afirmarse que el conjunto de trabajadores empleados en la contrata que hasta la fecha llevaba Proteico constituye una unidad económica que tiene su propia entidad. No hay pues elementos para concluir que se ha producido una sucesión empresarial sino sólo la continuidad de la actividad por una tercera empresa pero sin que concurra la nota de identidad que permita hablar de traspaso o transmisión empresarial. En efecto, concurre el elemento de la continuidad de la actividad pues en la actualidad los servicios de acompañamiento en el transporte escolar que venía prestando PROFEICO, los realiza la empresa MANTELNOR (hecho probado noveno y décimo) en el mismo centro de trabajo (las mismas rutas), pero ésta última no ha contratado ni ha asumido todo o la mayoría del personal que venía realizando dichos servicios en la empresa PROFEICO sino que, como se declara probado (hecho probado duodécimo) la empresa MANTELNOR presta el servicio con personal propio.

Y para entrar dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23, la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada. Así, el concepto de entidad económica se refiere a un conjunto organizado de **personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio** (sentencias de 10 de diciembre de 1998 [TJCE 1998\308] , Hernández Vidal y otros, C-127/96, C- 229/96 y C-74/97, Rec. p. I-8179, apartado 26, así como Güney-Görres y Demir [TJCE 2005\406], apartado 32), y que sea suficientemente estructurada y autónoma (sentencia Hernández Vidal y otros, antes citada, apartado 27). En definitiva, como ya esta Sala de lo Social señaló en STSJ de Galicia de 14 de mayo de 2009 (Recurso nº 921/2009) la existencia o noción de sucesión empresarial no puede basarse exclusivamente en la mera identidad de la actividad desempeñada.

En este caso, como decimos no ha existido transmisión ni asunción de ninguno de los trabajadores afectos a la misma actividad pero tampoco de ningún elemento patrimonial. Y si bien, como ha señalado la STJCE de 13-09-2007 , la entidad económica no debe necesariamente incluir elementos significativos de activo material o inmaterial cuando, como ocurre, en determinados sectores económicos, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra de manera que, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción, en este caso, reiteramos, aún cuando pudiera afirmarse que la actividad en cuestión descansa fundamentalmente en la mano de obra, ésta no se ha transmitido sin que exista obligación legal, convencional o contractual que la imponga.

TERCERO.- Otra cosa es que se pueda apreciar fraude de ley en la actuación de las codemandadas Orense Benavente S.A. y Mantelnor pues es lo cierto que la primera adjudicó la referida contrata a Proteico en el año 2010 y ésta sí subrogó al personal de Mantelnor y desarrolló la actividad durante el curso escolar 2010-2011 y luego, pese a ser de nuevo adjudicataria del servicio en el curso 2011-2012, dos meses después del inicio del curso se le rescinde el contrato adjudicando de nuevo el servicio a Mantelnor quién no asume a ningún trabajador adscrito al servicio, personal compuesto por siete personas que venía realizando el mismo servicio desde hacía varios años (hecho probado noveno). Pero para apreciar el fraude de ley es preciso que exista una norma de cobertura que es la norma utilizada que dé lugar a un resultado prohibido en el ordenamiento y otra norma cuya aplicación se intenta eludir. Pero aquí no existe un resultado prohibido o no se ha tratado de eludir ninguna norma pues no existe, ya se ha dicho, obligación legal, convencional o contractual (por ejemplo en el pliego de prescripciones técnicas o materiales) que obligará a la subrogación de modo que la posibilidad de subrogar o no a los trabajadores afectos al servicio dependía de la mera voluntad de las partes del mismo modo



que la empresa principal podía rescindir el contrato mercantil entre ella y la adjudicataria antes de tiempo a salvo de las posibles acciones entre ambas mercantiles sin que pueda presumirse de dicha rescisión, tampoco se acredita, la voluntad de la principal de perjudicar a los trabajadores afectos al servicio. En consecuencia procede la desestimación del referido motivo.

CUATRO.- En el siguiente motivo del recurso se alega de forma subsidiaria la infracción por interpretación errónea del art. 15 del ET en relación al art. 12 y art. 56 1 a) del mismo texto legal . Lo que se argumenta es que la antigüedad no debe ser la del inicio de la prestación de servicios en el año 2006 dado que sólo es fija discontinua a partir del 12 de septiembre de 2011 en que se formaliza un contrato de esa naturaleza y los contratos anteriores que fueron de obra y/o servicios finalizaron en su día sin que fueran objeto de impugnación o en todo caso la antigüedad debería ser desde el 10 de septiembre de 2010.

Pero la consideración de trabajadora fija discontinua de la actora lo es en función de que así fue contratada por Profeico al inicio del curso escolar 2011-2012 y como afirma la juez de instancia, el carácter de trabajadora fija-discontinua no fue objeto de discusión en el acto del juicio oral de modo que tampoco lo puede ser ahora en el recurso. En todo caso, como afirma también la juzgadora, la subrogación de Proteico en el año 2010 supuso subrogarse en los derechos y obligaciones de la trabajadora lo que después se plasma en el contrato de trabajo de septiembre de 2011 donde le reconoce la condición de fija discontinua lo que debe remontarse pues al año 2006 en que es inicialmente contratada para la campaña de ese año. Y lo que no procede es hacer hipótesis distintas en el sentido de afirmar que si todas las contrataciones anteriores hubiesen sido con la misma Proteico sería una fija legal pues los hechos son los que son y a ellos debemos atenernos. Y es por ello que partiendo de una antigüedad desde el año 2006, sólo deben ser computados los servicios efectivamente prestados (en el mismo sentido las SSTSJ de Galicia de 3-6-2005 y 20-9-2011 , recursos nº 2006/2005 y 2170/2011 respectivamente). Se desestima el motivo.

QUINTO.- En el último motivo del recurso se alega error al computar como períodos de servicios prestados meses completos cuando las campañas de cada curso escolar duran meses y días. Pero como pone de manifiesto la parte actora, es ya doctrina consolidada del TS, la de que, sea cual sea el número de días servido a partir del último mes completo, el prorrateo se hará "por meses", como si se hubiera trabajado la totalidad del mes (STS 12-11-2007, R. 3906/06 y STS 31-10-07, R. 4181/06).

SEXTO.- De conformidad al art. 235 de la LPL procede la imposición de costas a la parte recurrente que comprenderán los honorarios de los letrados impugnantes de su recurso por importe de 200 euros para cada uno de ellos.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la empresa PROFEICO ATLÁNTICO S.L. contra la sentencia de fecha treinta de abril del año dos mil doce, dictada por el Juzgado de lo Social número tres de los de Vigo , en proceso por despido promovido por doña Maribel contra las empresas PROFEICO ATLÁNTICO S.L., ORENSE BENAVENTE S.L., MANTELNOR OUTSOURCING S.L., GESTRABUS S.L. y MANTENIMIENTOS Y SERVICIOS DE GALICIA S.L.. debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la sentencia de instancia imponiendo las costas del recurso a la empresa demandada PROFEICO ATLÁNTICO S.L. que comprenderán los honorarios de los letrados impugnantes de su recurso por importe de 200 euros para cada uno de ellos.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 218 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral . Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

- La cantidad objeto de condena en la c/c de esta Sala nº 1552 0000 80 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).
- El depósito de 300 euros en la c/c de esta Sala nº 1552 0000 35 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ