



Roj: **SJSO 1221/2019** - ECLI: **ES:JSO:2019:1221**

Id Cendoj: **07040440052019100035**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **31/01/2019**

Nº de Recurso: **291/2018**

Nº de Resolución: **32/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RICARDO MARTIN MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO. DE LO SOCIAL N. 5

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00032/2019

C/TRAVESSA DEN BALLESTER Nº 20 -PALMA-

Tfno: 971 678711 **Fax:** 971 678712

Equipo/usuario: AHG

NIG: 07040 44 4 2018 0001429

Modelo: N02700

DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000291 /2018

Procedimiento origen: / Sobre: ORDINARIO

DEMANDANTE: Ángela

ABOGADA: CLAUDIA SOFIA BALTAZAR DO NASCIMENTO

DEMANDADOS: ASOCIACION OMNIUM EDUCATIVO, SOLLER 2010

ABOGADO/A: GUILLERMO VERDERA BAUZA, FERNANDO POZUELO MAYORDOMO

SENTENCIA

En la ciudad de Palma de Mallorca a treinta y uno de enero de dos mil diecinueve.

VISTO por mi D. Ricardo Martín Martín, Magistrado-Juez del **Juzgado de lo Social Número Cinco** de Palma de Mallorca, el presente Juicio seguido a instancia de Dña. Ángela asistida por la Letrada Dña. Claudia Baltazar do Nascimento contra las empresas Asociación Omnium Educativo representada por Dña. Cristina Esteva Tous asistida por el Letrado D. Guillermo Verdera Bauzá y Soller 2010 representada por el Letrado D. Fernando Pozuelo Mayordomo en materia de despido y reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 20 de abril de 2018 tuvo entrada en el Juzgado Decano demanda presentada por la parte actora cuyo conocimiento correspondió a este Juzgado por turno de reparto, en la que después de alegar los hechos que creyó oportunos, suplicó a este Juzgado dictase sentencia de acuerdo con los pedimentos vertidos en el suplico de la misma.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda y señalado día y hora para la celebración de los actos de conciliación y juicio, estos tuvieron lugar el día señalado este tuvo lugar con la presencia de la parte actora y de las partes demandadas. No habiéndose alcanzado acuerdo de conciliación se dio inicio al acto de juicio. La parte



actora se afirmó y ratificó en su demanda, realizando las alegaciones que estimó pertinentes, manifestando desistir de la acción de reclamación de cantidad al haber sido abonados los importes reclamados. Las partes demandadas se opusieron a la demanda interesando su desestimación. Practicadas las pruebas propuestas y admitidas y evacuado trámite de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

TERCERO. En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

1º.- La demandante Dña. Ángela , titular del DNI NUM000 ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa Asociación Omnium Educativo (en adelante Omnium) en virtud de contrato de trabajo de carácter indefinido a tiempo completo, con antigüedad de 6 de agosto de 2012, con categoría profesional de directora de escuela infantil percibiendo un salario mensual bruto con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias de 1.580,31 €.

La relación laboral se rige por el Convenio colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil.

2º.- La demandante prestaba servicios en la escuela infantil ("escoleta") sita en la Avenida Juli Ramis de Soller que la demandada Omnium ha venido explotando como consecuencia de la suscripción en fecha 2 de julio de 2012 de un contrato de gestión de servicios públicos con el Ayuntamiento de DIRECCION000 . El contrato se rige por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas que se hayan incorporados al mismo y que obran en autos dentro del documento nº 1 de los aportados por Asociación Omnium Educativo y que se dan aquí por reproducidos.

La duración del contrato estipulada en el mismo era de cinco años a contar desde la fecha de su firma, si bien la cláusula sexta del pliego de condiciones administrativas prevé que el contrato continuará en vigor durante el tiempo mínimo indispensable para que el Ayuntamiento de DIRECCION000 resuelva y adjudique el nuevo contrato.

3º.- La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de DIRECCION000 en sesión de 16 de mayo de 2017 acordó prorrogar el contrato de gestión de servicios suscrito con Asociación Omnium Educativo en vista de que el nuevo expediente incoado para proceder a una nueva concesión para la explotación de la "escoleta" (expediente NUM001) no estaría finalizado antes del término del contrato suscrito con la demandada el 2 de julio de 2012, prórroga que se notificó a Omnium a fin de que continuase con la prestación del servicio hasta la resolución de la nueva adjudicación.

4º.- Mediante Decreto de la Alcaldía 756 de 5 de octubre de 2017 el Ayuntamiento de DIRECCION000 acordó dar por finalizado el periodo de prórroga del contrato suscrito con Omnium en fecha 2 de julio de 2012, adjudicando el contrato menor del servicio de gestión de la "escoleta" infantil municipal sita en la Avenida Juli Ramis a Asociación Omnium Educativo durante el tiempo necesario para finalizar la tramitación de la encomienda de gestión del servicio a la entidad pública empresarial Soller 2010, periodo que se estimó en tres meses.

5º.- En fecha 28 de octubre de 2017 la demandante solicitó de la empresa Asociación Omnium Educativo pasar a situación de excedencia voluntaria al amparo de lo dispuesto en el Art. 46.2 del Estatuto de los Trabajadores con efectos de 30 de octubre y una duración de cuatro meses. Consta en autos la solicitud cursada por la demandante cuyo tenor se da aquí por reproducido.

La empresa atendió la solicitud de la demandante.

6º.- El Pleno del Ayuntamiento de DIRECCION000 en sesión celebrada el 14 de noviembre de 2017 aprobó la encomienda de gestión del servicio de atención a la primera infancia (escoleta infantil municipal) a la entidad pública empresarial Soller 2010 con efectividad desde el 1 de enero de 2018, siendo publicado el Acuerdo municipal en el BOIB de 18 de noviembre de 2017.

En virtud de dicho Acuerdo Soller 2010 asumió el 1 de enero de 2018 la gestión y dirección de la escuela infantil sita en la Avenida Juli Ramis de DIRECCION000 en la cual la demandante prestó sus servicios.

7º.- En el BOIB de 18 de noviembre de 2017 se publicó concurso oposición para la creación de sendas bolsas de trabajo al objeto de proveer los puestos de trabajo vacantes o sustituciones de la categoría coordinadora-directora de la escuela de educación infantil municipal de DIRECCION000 , así como los, puestos de trabajo vacantes y sustituciones de la categoría de educador/a de la escuela de educación infantil.



8º.- La demandante concurrió a ambos procesos selectivos obteniendo la tercera posición en la bolsa destinada a la cobertura del puesto de trabajo de directora y la segunda en la bolsa destinada a la cobertura de los puestos de trabajo de educadora, renunciando en fecha 27 de diciembre de 2017 a la adjudicación de la plaza vacante manifestando como causa de la renuncia encontrarse en situación de excedencia y tener otro trabajo.

9º.- Mediante email de 29 de diciembre de 2017 la Asociación Omnium Educativo comunicó mediante email a la demandante la finalización de la relación laboral con efectos de 31 de diciembre de 2017 como consecuencia de la asunción por parte de Soller 2010 del servicio de gestión de la "escoleta" municipal de DIRECCION000 .

10º.- La empresa Asociación Omnium Educativo dirigió en fecha 15 de diciembre de 2017 al Ayuntamiento de Soler escrito mediante el cual le informaba de las trabajadoras que integraban la plantilla de la Escuela municipal de educación infantil, así como de las condiciones laborales de estas, acompañando los contratos de trabajo, a los efectos del Art. 44 del Estatuto de los Trabajadores .

11º.- Mediante escrito de fecha 28 de enero de 2018 la demandante comunicó a Soller 2010 su voluntad de reincorporarse a su puesto de trabajo el día 1 de marzo de 2018: En el escrito se hace constar: Por medio de la presente y finalizando el próximo día 1 de marzo de 2018 el periodo de excedencia que me fue concedido para el cuidado de mi hijo Juan Antonio , nacido el día NUM002 /2017, manifiesto mi deseo de reincorporarme al servicio activo a partir del día 1 de marzo de 2018.

La demandante dirigió a la Asociación Omnium Educativo escrito manifestando su voluntad de reincorporarse el día 1 de marzo de 2018. La empresa denegó la reincorporación mediante escrito de fecha 27 de febrero de 2018 en el cual se hace constar: En respuesta al escrito informándonos que el día 1 de marzo le terminaba el periodo de excedencias por el cuidado de su hijo, lo cual no es cierto, ya que nos consta que estaba trabajando en otro sitio. El día 29 de diciembre le comunicamos por escrito de las modificaciones que se estaban acometiendo en la empresa y en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 44 del Estatuto de los Trabajadores , mediante el presente escrito le comunicamos que a partir del próximo día 01/01/18 pasaría a gestionar la escoleta y por lo tanto usted a formar parte de la plantilla de la Empresa Soller 2010.

Dicha empresa se subrogará en la relación laboral que usted mantiene con la empresa Asociación Omnium Educativo, lo que supone el mantenimiento a todos los efectos de todos los derechos que usted tiene adquiridos con nuestra empresa, condiciones de trabajo, categoría antigüedad etc.

Soller 2010 negó también el derecho de la demandante al reingreso en fecha 28 de febrero de 2018 entendiéndolo que no concurría supuesto de subrogación convencional y no ser aplicable el Art. 44 del Estatuto de los Trabajadores .

12º.- La plantilla de la escuela infantil ("escoleta") sita en la Avenida Juli Ramis de DIRECCION000 a fecha 31 de diciembre de 2010 se encontraba integrada por cuatro trabajadoras. Tres tenían la categoría de educadora: Rocío , Rosana y Sabina ; y sustitución de la demandante, una trabajadora con categoría de directora que venía prestando servicios en otro centro de trabajo, Dña. Santiago , circunstancia que fue comunicada al SPEE.

Dña. Sabina comenzó a prestar servicios por cuenta de Soller 2010 en fecha 22 de enero de 2018. Dña. Tomasa , Dña. Vanesa , Dña. Victoria comenzaron a prestar servicios por cuenta de Soller 2010 el día 2 de enero de 2018, habiendo superado las tres el proceso selectivo convocado en fecha 18 de noviembre de 2018 para la cobertura de las plazas de educadora. Dña. Rosana comenzó a prestar servicios por cuenta de Soller 2010 el día 2 de enero de 2018 como consecuencia de haber superado el proceso selectivo convocado para la cobertura de la plaza de coordinadora/directora.

13º.- La demandante no ostentó la condición de representante legal o sindical de los trabajadores durante el último año.

14º.- En fecha 27 de marzo de 2018 la demandante presentó papeleta de conciliación ante el TAMIB, celebrándose el acto conciliatorio el día 18 de abril con el resultado de celebrado sin acuerdo respecto de Soller 2010 e intentado sin efecto respecto de Asociación Omnium Educativo por incomparecencia de la empresa.

En fecha 20 de abril tuvo entrada en el Juzgado Decano de esta Ciudad la demanda origen de los presentes autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El relato de hechos probados resulta de la libre y conjunta valoración de los medios de prueba practicados en acto de juicio. El hecho probado primero no suscitó controversia siendo reconocido por la demandada Omnium que la actora fue contratada inicialmente como educadora si bien pasó después a



desempeñar el puesto de trabajo de directora de la escoleta, categoría profesional que consta en las nóminas aportadas por la parte demandante. Por lo que se refiere al salario regulador, la demandada no manifestó oposición al indicado en la demanda que es el que se refleja en las nóminas aportadas por la actora. El hecho probado segundo resulta del documento nº 1 de los aportados por Omnium. El hecho probado tercero resulta del documento nº 2 de los aportados por Omnium, en tanto que el hecho probado cuarto resulta del documento nº 3 de los aportados por dicha codemandada. El hecho probado quinto resulta del documento nº 3 de los aportados por Soller 2010. El hecho probado sexto resulta del documento nº 6 de los aportados por Omnium.

El hecho probado séptimo resulta del documento nº 4 de los aportados por Soller 2010. El hecho probado séptimo resulta del documento nº 5 de los aportados por dicha empresa codemandada. El hecho probado octavo resulta de los documentos nº 6 a nº 12 de los aportados por Soller 2010. Los hechos probados noveno u décimo resultan de la documentación aportada por Omnium. El hecho probado décimo primero resulta de la documentación aportada por la demandante y de la aportada por Omnium. El hecho probado decimosegundo resulta de los documentos nº 4 y nº 2 de Omnium, así como del informe de vida laboral de la empresa Soller 2010 que consta en el acontecimiento 42 del expediente digital.

Con carácter previo debe examinarse la excepción de caducidad de la acción de despido que fue alegada por la empresa Soller 2010 en acto de juicio. Entiende la empresa codemandada que, habiendo comunicado Omnium a la demandante en fecha 29 de diciembre de 2017 el cese de su actividad, desde dicha fecha comienza a computarse el plazo de caducidad de la acción de despido.

La excepción de caducidad debe ser rechazada. Y ello por cuanto la acción de despido no nace hasta la fecha en la cual el trabajador tiene conocimiento del hecho que reputa como despido. Habida cuenta de que la demandante se hallaba en situación de excedencia con fecha de finalización 1 de marzo de 2018, la demandante solicitó tanto de la Asociación Omnium Educativo como de Soller 2010 la reincorporación a su puesto de trabajo, solicitud que fue denegada por Omnium mediante escrito de 27 de febrero de 2018 y por Soller 2010 mediante resolución de 28 de febrero del mismo año. Por lo tanto, siendo este fue el hecho que permitió conocer a la trabajadora demandante que la relación laboral de la que era titular era considerada extinguida por una empresa e inexistente por la otra. Por lo tanto, habida cuenta de que el día 1 de marzo tuvo la condición de festivo, el cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido dio comienzo el día 2 de marzo, viernes. La papeleta de conciliación se interpuso el día 27 de marzo, celebrándose el acto de conciliación el 18 de abril. La demanda se interpuso el día 20 de abril. Por lo tanto, la demanda se interpuso dentro del plazo de 20 días hábiles que establecen los Art. 59.3 ET y 103.1 LRJS .

SEGUNDO. La trabajadora demandante interesa que se declare despido nulo o, subsidiariamente improcedente la decisión de las empresas codemandadas de restituirla a su puesto de trabajo de directora de la escuela infantil ("escoleta") sita en la Avenida Juli Ramis de DIRECCION000 . Argumenta la parte demandante que Dña. Ángela permaneció en situación de riesgo durante el embarazo en 2016, dando a luz su hijo Juan Antonio el día NUM002 de 2017, disfrutando de descanso maternal hasta el 11 de mayo del mismo año. Sostiene la parte demandante que la trabajadora movida tales circunstancias familiares, así como por el impago por parte de Ominum de la nómina del mes de octubre de 2017, pasó a situación de excedencia el día 30 de dicho mes, con una duración de cuatro meses. Entiende la parte actora Soller 2010, entidad sucesora en la explotación del centro de trabajo, viene obligada a respetar el derecho de la demandante al reingreso en puesto de trabajo de igual o similar categoría que el desempeñado con anterioridad a su paso a la situación de excedencia.

Las dos empresas codemandadas se opusieron a la pretensión ejercitada en la demanda.

La primera cuestión a resolver es si nos hallamos o no ante un supuesto de sucesión de empresas regulado en el Art. 44 ET habida cuenta de que, el convenio colectivo del sector no regula la subrogación convencional, remitiéndose en su Art. 26 a "lo establecido en los artículos 42 , 43 y 44, y concordantes, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores " y de que no existe pliego administrativo de condiciones que impusiera a Soller 2010 la obligación de subrogarse en las relaciones laborales mantenidas por Omnium con las trabajadoras que prestaban servicios en la "escoleta" infantil municipal sita en la Avenida Juli Ramis.

La STS de 19 de septiembre de 2017 (rcud 2612/2016 , rcud 2629/2016, rcud 2650/2016 y rcud 2832/2016) recuerda que "El hecho de que una Administración Pública decida hacerse cargo de un servicio, previamente descentralizado, para prestarlo de forma directa con su propia plantilla y con sus propios materiales no implica, necesariamente, que estemos en presencia de una sucesión de empresa comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CEE y, por ende, del artículo 44 ET . Así lo ha venido señalando, reiteradamente nuestra jurisprudencia, entre otras en la lejana STS de 6 de febrero de 1997 (Rcud. 1886/1996) en la que dijimos que "la doctrina de esta Sala es constante al afirmar con carácter general que la extinción de la contrata y la asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial", y en la más reciente STS de 26 de julio de 2012 (Rcud.



3627/2011) conforme a la cual no se produce sucesión empresarial cuando "no consta transmisión alguna de elementos patrimoniales o estructura organizativa ni tampoco la asunción por el Ayuntamiento codemandado de una parte sustancial de la plantilla ". Doctrina reiterada en STS de 16 de junio de 2016 (Rcud. 2390/2014).

Por su parte, la STJUE de 20 de enero de 2011, Asunto CLECE (C-463/09) que aborda una decisión prejudicial para un supuesto de un Ayuntamiento español que decide extinguir la contrata de limpieza y asumirla con sus propios medios contratando nuevo personal, señala que "conforme al artículo 1, apartado 2 letra b), de la Directiva 2001/23, para que ésta resulte aplicable, la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su Identidad tras el cambio de titular. Para determinar si tal entidad mantiene su identidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan a la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades , Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente...la identidad de una entidad económica como la controvertida en el asunto principal, que descansa esencialmente en la mano de obra, no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla. De ello se desprende que, sin perjuicio de la eventual aplicación de normas de protección nacionales, la mera asunción en el procedimiento principal, por el Ayuntamiento, de la actividad de limpieza encargada anteriormente a CLECE, no basta, por sí sola, para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23. Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que ésta no se aplica a una situación en la que un ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal".

El FD Cuarto de la aquella misma resolución afirma también que el hecho de una administración recupere la prestación del servicio, anteriormente externalizado, bien con los mismos trabajadores que tenía la empresa que prestaba el servicio, bien con las mismas instalaciones, maquinaria, infraestructura que las que utilizaba la empresa contratista, o bien con ambos elementos determina que, normalmente, estemos ante un supuesto de transmisión de empresa que está situado en el ámbito de aplicación del artículo 44 ET . Así en la STS de 30 de mayo de 2011 (Rcud. 2192/2010) dijimos que la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento, que acuerda su gestión a través de empresa municipal, no excluye la aplicación del artículo 44 ET , si va acompañada de transmisión de medios materiales, recordando que "que si bien la doctrina de esta Sala es constante al afirmar con carácter general que la extinción de la contrata y la asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial, "no es menos veraz que tal criterio general resulta inaplicable cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad mediante sucesivas contratas con diferentes empresas, decide asumir aquélla y realizarla por sí misma, pero haciéndose cargo del personal de la empresa contratista, supuesto en el cual puede decirse que se ha producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el referida art. 44 ET y en las diversas Directivas de la que aquél es transposición [77/1987; 98/50; y 2001/23] (así, la STS 27/06/08 -rcud 4773/06 -, a contrario sensu). Como es también inatendible el criterio general cuando -así se ha dicho interpretando esa Directivas comunitarias- la transmisión vaya referida a cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiéndose por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio"; o el "conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio". Y para cuya determinación -transmisión de la entidad que mantiene su identidad- han considerarse todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades (SSTJCE 65/1986, de 18/Marzo, Asunto Spijkers; 22/2001, de 25/Enero, Asunto Oy Liikenne; 45/1997, de 11/Marzo, Asunto Sützen; 286/2003, de 20/Noviembre, Asunto Abler; 406/2005, de 15/Diciembre, Asunto Güney-Görres; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09 . Y, reproduciendo tales criterios, entre otras las SSTS 12/12/02 -rcud 764/02 -; 29/05/08 -rcud 3617/06 -; 27/06/08 -rcud 4773/06 -; 28/04/09 -rcud 4614/07 -; y 23/10/09 -rcud 2684/08 -)". Criterio reiterado, entre otras, en las SSTS de 26 de enero de 2012 (Rcud. 917/2011); de 11 de junio de 2012 (Rcud. 1886/2011) y de 23 de septiembre de 2014 (Rcud. 231/2013), entre otras.



En el caso que nos ocupa, la entidad pública empresarial municipal DIRECCION000 2010 mediante el mecanismo legalmente previsto (el Art. 85.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local) de la encomienda de gestión asumió la gestión, explotación y dirección de la escuela infantil municipal en la cual la demandante prestó servicios hasta el momento de su pase a la situación de excedencia el día 1 de enero de 2018 siendo que, y ello es pacífico, el centro de trabajo fue explotado y gestionado por la Asociación Omnium Educativo hasta el día 31 de diciembre de 2017. Por lo tanto, hemos de concluir que además del traspaso del servicio de la gestión del servicio público, se traspasó también a Soller 2010 el inmueble que constituía el centro de trabajo de la demandante. Además, habida cuenta de que no consta que se produjera retraso alguno en el inicio del periodo escolar posterior a las fiestas navideñas del año 2017/2018, cabe de deducir que Soller 2010 continuó la actividad de Omnium con los mismos medios materiales que venía empleando la empresa saliente, no constando tampoco que Soller 2010 haya realizado adquisición de material alguna. El hecho de que el cambio de entidad gestora del servicio se produjera en mitad del curso escolar sin solución de continuidad permite deducir que los alumnos de la "escoleta" no cambiaron. Por lo tanto, puede afirmarse que Soller 2010 asumió la "clientela" que tenía Omnium. Por otra parte, de las cuatro trabajadoras que prestaban servicios en la "escoleta" a fecha 31 de diciembre de 2017, tres de ellas pasaron a prestar servicios en enero de 2018 por cuenta de Soller 2010 en el mismo centro de trabajo (Dña. Sabina , Dña. Victoria y Dña. Rosana , prestación de servicios que vino precedida de un proceso selectivo previo.

Por lo tanto, Soller 2010 se hizo cargo de una unidad productiva autónoma dotada de elementos patrimoniales propios y organizados con el objeto de desarrollar la misma actividad que venía realizando la empresa saliente e incluso con prácticamente los mismos medios humanos que ésta, pues Soller 2010 ha empleado a tres de las cuatro trabajadoras que venían prestando servicios en la escuela infantil, una de las cuales ha pasado a desempeñar el puesto de trabajo de directora.

En consecuencia, nos encontramos ante un supuesto en el cual debió operar el Art. 44 del Estatuto de los Trabajadores . Tal consideración produce como primera consecuencia, la absolución de la empresa codemandada Asociación Omnium Educativo la cual, entendiendo que concurría un supuesto de sucesión empresarial, puso esta circunstancia en conocimiento del Ayuntamiento de DIRECCION000 , identificando al personal afectado por la subrogación y remitiendo sus contratos de trabajo. Por lo tanto, si la subrogación de DIRECCION000 2010 en las relaciones laborales de los trabajadores que prestaban servicios en la "escoleta", incluida la demandante cuyo contrato de trabajo no se había extinguido, no se produjo, ello no se debió causa imputable a Asociación Omnium Educativo.

Debe ahora examinarse la incidencia de la situación de excedencia en la cual se hallaba la demandante sobre la cuestión que se plantea en la demanda.

TERCERO. Al respecto debe señalarse que del resultado de la prueba practicada no se ha acreditado ni la situación de riesgo por embarazo, ni la maternidad de la demandante ni que tal circunstancia haya tenido incidencia alguna en la solicitud de excedencia que la demandante cursó en fecha 28 de octubre de 2017 con efectos de 30 de octubre. La lectura del escrito dirigido por la actora a su empleadora Asociación Omnium Educativo evidencia que la demandante solicitó una excedencia voluntaria con amparo en el Art. 46.2 ET . Ello se evidencia, no solo por la cita de dicho precepto legal, sino porque en ningún momento menciona a su hijo ni que el verdadero móvil de la excedencia fuera la atención y cuidado de éste. Y así, en la parte final del escrito se indica que la duración de la excedencia sería de cuatro meses, así como su voluntad de hacer valer su *derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la mía que hubiera o se produjeran en la empresa*". Revela también con claridad que el cuidado de su hijo no fue la causa que motivó la excedencia el email que Dña. Ángela remitió en fecha 27 de diciembre de 2017 comunicando su renuncia a la plaza de educadora que le había sido adjudicada. En el email la demandante hace mención expresa a que se halla trabajando en otro sitio, hecho este incompatible con la situación de excedencia por cuidado de hijo menor. Debe decirse que, tampoco se aprecia relación alguna entre el pase de la demandante a situación de excedencia voluntaria en fecha 30 de octubre de 2017 con el impago por parte de la empresa de la nómina de ese mes, debiendo señalarse que, en todo caso, a la fecha de inicio de la excedencia el mes no había finalizado, que ninguna referencia a esta cuestión realizó la demandante en la solicitud presentada el día 28 y que tales salarios han sido ya abonados por la empresa.

Y si acudimos a la norma convencional de aplicación observamos que el XI Convenio colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil regula la excedencia por cuidado de hijo, que comporta derecho a la reserva del puesto de trabajo, en el Art. 42 y la excedencia voluntaria en el Art. 45, que reconoce el derecho preferente al reingreso del trabajador excedente si en el Centro hubiera una vacante en su especialidad o categoría laboral equivalente dentro del mismo grupo profesional.

Por lo tanto, la demandante pasó en fecha 30 de octubre de 2017 a la situación de excedencia voluntaria que se regula en el Art. 46.2 ET y en esta situación se encontraba tanto en el momento en que Soller 2010 pasó a



hacerse cargo de la explotación de la "escoleta" en la cual la demandante había prestado servicios, como el día 1 de marzo de 2018, fecha en la cual dicha excedencia concluyó.

Sobre la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria que se regula en el art. 46.2 ET se ha pronunciado el Tribunal Supremo, el cual en la STS de 14 de febrero de 2006 dictada en Unificación de Doctrina la cual declaró que el derecho que ostenta el trabajador excedente es el que le reconoce el apartado 5º del citado art. 46, el cual establece que el trabajador excedente (se sobreentiende: en excedencia voluntaria común) conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa".

Señala la Sentencia citada: "Tal como ha sido entendido por la jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo este derecho preferente al reingreso del trabajador en excedencia voluntaria común es un derecho potencial o "expectante", condicionado a la existencia de vacante en la empresa, y no un derecho incondicional, ejercitable de manera inmediata en el momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso (STS 18-7-1986). En este punto se diferencian las regulaciones legales de la excedencia voluntaria común de un lado, y de la suspensión del contrato de trabajo y las excedencias forzosas o especiales de otro, situaciones estas últimas caracterizadas por la conservación del puesto de trabajo por parte del trabajador (STS 25-10-2000). El tratamiento legal diferenciado entre la excedencia voluntaria común y las restantes vicisitudes del contrato de trabajo mencionadas encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego en una y otras situaciones. Mientras en la suspensión y en las excedencias forzosas o especiales concurren causas específicas y cualificadas de impedimento, incompatibilidad o dificultad de trabajar, "el interés que está en la base de la situación de excedencia voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario", muy digno de consideración, pero que, de acuerdo con el criterio del legislador, no justifica "conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya o del propio interés de la empresa" (STS 25-10-2000).

La citada STS de 14 de febrero de 2006 establece claramente que, *la excedencia voluntaria común no comporta para el empresario el deber de reservar al trabajador excedente el puesto de trabajo desempeñado con anterioridad y ello quiere decir que el empresario puede disponer de la plaza vacante, bien contratando a otro trabajador para el desempeño de la misma, bien reordenando los cometidos laborales que la integran, bien incluso procediendo a la amortización de la misma. Ello significa, desde el punto de vista del trabajador, que el derecho "expectante" del excedente voluntario común sólo puede ejercerse de manera inmediata cuando el mismo puesto de trabajo u otro similar o equivalente se encuentra disponible en la empresa .*

La STS de 26 de noviembre de 2006 señala que la situación del excedente voluntario es la de quien en su propio interés se ha separado de la empresa y a quien nuestro derecho, por tal razón, no le reconoce el derecho a reingresar en la empresa cuando transcurra el período de excedencia sino tan solo la expectativa de poder ser readmitido y sólo en el supuesto de que la empresa en el momento de la solicitud tuviera puestos de igual o similar categoría - art. 46 ET -.

La aplicación de la doctrina expuesta al caso de autos debería conducir a la desestimación de la demanda si no fuera porque la entidad pública empresarial Soller 2010, al rechazar la aplicación del Art. 44 ET rechazó también el derecho expectante al reingreso en el mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar categoría de la demandante y con ello cercenó y extinguió definitivamente la relación laboral. Debe resaltarse que Soller 2010 no rechazó la petición de reingreso de la demandante por inexistencia de vacante, lo que hubiera dado lugar a la desestimación de la demanda habida cuenta de que el puesto de trabajo de directora de la "escoleta" se haya ocupado por otra trabajadora, pero hubiera mantenido a salvo la expectativa de reingreso de la demandante, sino que negó su condición de empleadora y por lo tanto de la existencia misma de relación laboral. Hemos de recordar que el hecho de que su haya producido un fenómeno de sucesión de empresas durante el periodo en el cual la demandante permaneció en situación de excedencia voluntaria no perjudica ni extingue el derecho expectante que reconocen tanto el Art. 46.2 ET como el Art. 45 del convenio colectivo de aplicación al trabajador excedente.

En consecuencia, la decisión adoptada por Soller 2010 de rechazar la subrogación de la demandante y por ello su reincorporación a su puesto de trabajo, en tanto que produce la extinción de la relación laboral de la cual la trabajadora demandante era titular, reputarse como despido improcedente producido con efectos de 1 de marzo de 2018, con las consecuencias legales inherentes a dicha calificación con los efectos previstos en los Art. 56 ET y 110 LRJS . A los efectos del cálculo del importe de la indemnización se excluirá el periodo durante el cual la demandante permaneció en situación de excedencia voluntaria. Teniendo en cuenta esta circunstancia, así como la antigüedad y salario declarados probados, salvo error u omisión el importe indemnizatorio asciende a 9.001,27 €. De efectuarse opción por la readmisión, el importe de los salarios de tramitación se liquidará en ejecución de sentencia.



VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

QUE ESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por Dña. Ángela contra la empresa Soller 2010 **debo declarar y declaro la improcedencia del despido** de la trabajadora demandante efectuado con efectos de 1 de marzo de 2018 por la empresa Soller 2010 **condenando** a la empresa demandada a optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución entre la readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo, con abono de una cantidad igual al importe de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y la fecha de notificación de la presente sentencia a razón de 51,95 €, cuyo importe se liquidará en trámite de ejecución de sentencia o bien a indemnizarle en la cantidad de 9.001,27 €. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo indicado y sin esperar a la firmeza de la presente resolución, advirtiéndole a la demandada de que, en *el caso de no efectuar opción* en el plazo y forma indicados, se entenderá que lo hace por la readmisión. La opción por el pago de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese en el trabajo.

Todo ello, **absolviendo** a la empresa Asociación Omnium Educativo de los pedimentos formulados en la demanda.

Notifíquese la anterior sentencia a las partes interesadas, advirtiéndoles que contra la misma, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 191.1 y 3.c) la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, cabe RECURSO DE SUPPLICACION ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Baleares, que deberá anunciarse dentro de los CINCO días siguientes a la notificación de la presente resolución, bastando para ello la mera manifestación de la parte o de su Abogado, Graduado Social Colegiado o representante, al hacerle la notificación de aquella, de su propósito de entablarlo. También podrá anunciarse por comparecencia o por escrito de las partes o de su Abogado, Graduado Social colegiado o representante ante este Juzgado dentro del indicado plazo.

Todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de Seguridad Social intente entablar el recurso de Suplicación consignará como depósito la cantidad de 300 euros en el Banco SANTANDER en la cuenta "Depósitos y consignaciones del Juzgado de lo Social nº 5 de Palma de Mallorca. El recurrente deberá hacer entrega del resguardo acreditativo en la Secretaría del Juzgado al tiempo de interponer el recurso.

De no anunciarse recurso contra la presente, firme que sea, procédase al archivo de las actuaciones, previa baja en el libro correspondiente.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION .- La anterior sentencia ha sido dada, leída y publicada por el lltmo. Sr. Magistrado Juez que la suscribe hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.