



Roj: **STS 1707/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1707**

Id Cendoj: **28079140012018100397**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/04/2018**

Nº de Recurso: **2392/2016**

Nº de Resolución: **399/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 12/2016,**
STS 1707/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2392/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 399/2018

Excmas. Sras.

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D.^a. M. Luz García Paredes

En Madrid, a 16 de abril de 2018.

Esta Sala ha visto los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el letrado D. José Manuel Sánchez Valdés, en nombre y representación de KIDSCO BALANCE, S.L., y por la letrada D.^a Carmen Castellano Caraballo, en nombre y representación de D.^a Salome y otras, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Las Palmas, de fecha 8 de enero de 2016, recaída en el recurso de suplicación núm. 907/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Las Palmas de Gran Canaria, dictada el 26 de marzo de 2015, y aclarada por auto de fecha 30 de abril de 2015, en los autos de juicio núm. 725/2014 y acumulados 726/2014, 729/2014, 733/2014, 737/2014 y 739/2014 iniciados en virtud de demandas presentadas por D.^a Salome, D.^a Bárbara, D.^a Debora, D.^a Flora, D.^a Lucía y D.^a Piedad, contra las empresas Ana Naya García, S.L., KIDSCO Balance, S.L., Ministerio de Defensa, ARASTI BARCA MA y MA SCV y Fondo de Garantía Salarial, S.L., sobre despido.

Han sido parten recurridas, el Abogado del Estado, en la representación que ostenta y la mercantil Ana Naya García, S.L. representada por el Procurador D. Javier González Fernández.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Con fecha 26 de marzo de 2015, el Juzgado de lo Social nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por Dña. Salome , Dña. Piedad , Dña. Debora , Dña. Flora , Dña. Lucía y Dña. Bárbara contra las empresas ANA NAYA GARCIA S.L., ARASTI BARCA MA Y MA SCV, KIDSCO BALANCE S.L., MINISTERIO DE DEFENSA y FOGASA, ABSUELVO a las mercantiles ARASTI BARCA MA Y MA SCV, KIDSCO BALANCE S.L. y al MINISTERIO DE DEFENSA de los pedimentos formulados en su contra y, DECLARO que las trabajadoras han sido objeto de despido NULO, con fecha de efectos el 31/08/2014, por parte de la empresa ANA NAYA GARCIA S.L. y, en consecuencia, CONDENO a la expresada demandada a que readmita a las trabajadoras en iguales condiciones que regían antes de los despidos y al abono de los salarios de tramitación dejados de percibir a razón de, Dña. Salome de 50,42 €/día, Dña. Piedad , Dña. Debora , Dña. Lucía y Dña. Bárbara a razón de 32,62 €/día y Dña. Flora a razón de 13,07 €/día, debiendo el FOGASA estar y pasar por dicha declaración»

Dicha sentencia fue aclarada por auto de fecha 30 de abril de 2015, donde consta la siguiente parte dispositiva: «El encabezamiento de la sentencia, queda con la siguiente redacción:

"Vistos por mí, Doña María Teresa del Pino Hernández, Juez sustituta del Juzgado de lo Social nº 7 de Las Palmas y su partido, los presentes autos sobre DESPIDO, seguidos bajo el número 725/2014, entre partes, de una y como demandantes, DÑA. Salome , DÑA. Piedad , DÑA. Debora , DÑA. Flora y DÑA. Lucía asistidas y DÑA. Bárbara representada por la Letrada Dña. Carmen Castellano Caraballo, contra las mercantiles ANA NAYA GARCIA S.L., representada por Dña. Ana Isabel Naya García y asistida por el letrado D. Alberto Muñoz Rodríguez en sustitución de Dña. Isabel Vilar, KIDSCO BALANCE S.L. representada por Dña. María Leal Colino y asistida por el letrado D. José Sánchez-Cervera Valdés, el MINISTERIO DE DEFENSA representado por el Abogado del Estado y ARASTI BARCA MA Y MA SCV, el MINISTERIO FISCAL y el FOGASA que no comparecen ";

Igualmente en cuanto al antecedente de hecho segundo de la sentencia, queda redactado del siguiente tenor:

" **SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, las partes fueron citadas a los actos de conciliación y juicio en fecha 23 de marzo de 2015 no compareciendo ARASTI BARCA MA Y MA SCV, ni el MINISTERIO FISCAL, ni el FOGASA a pesar de haber sido citados a juicio con las formalidades legales y los preceptivos apercibimientos, compareciendo las partes asistidas y representadas en la forma que consta en acta, se intentó la conciliación sin resultado, por lo que se pasó al acto de juicio. En él, y una vez que se hubo efectuado la dación de cuenta de los antecedentes, la parte actora se ratificó en su demanda, la parte demandada se opuso a la misma, y la contestó formulando las alegaciones que constan en el acta. Seguidamente, fue abierta la fase probatoria, en la que se practicaron las pruebas que, propuestas por las partes, fueron declaradas pertinentes y constan documentadas en autos. Practicada la prueba, las partes informaron sobre sus pretensiones y el juicio quedó visto para sentencia.

Y el fallo de la sentencia, quedaría redactado del siguiente tenor:

" **ESTIMO** parcialmente la demanda interpuesta por Dña. Salome , Dña. Piedad , Dña. Debora , Dña. Flora , Dña. Lucía y Dña. Bárbara contra las empresas ANA NAYA GARCIA S.L., ARASTI BARCA MA Y MA SCV, KIDSCO BALANCE S.L., MINISTERIO DE DEFENSA, siendo parte el MINISTERIO FISCAL y el FOGASA, ABSUELVO a las mercantiles ARASTI BARCA MA Y MA SCV, KIDSCO BALANCE S.L. y al MINISTERIO DE DEFENSA de los pedimentos formulados en su contra y, DECLARO que las trabajadoras han sido objeto de despido NULO, con fecha de efectos el 31/08/2014, por parte de la empresa ANA NAYA GARCIA S.L. y, en consecuencia, CONDENO a la expresada demandada a que readmita a las trabajadoras en iguales condiciones que regían antes de los despidos y al abono de los salarios de tramitación dejados de percibir a razón de, Dña. Salome de 50,42 €/día, Dña. Piedad , Dña. Debora , Dña. Lucía y Dña. Bárbara a razón de 32,62 €/día y Dña. Flora a razón de 13,07 €/día, debiendo el FOGASA estar y pasar por dicha declaración.

Se mantiene íntegramente el resto de los pronunciamientos de la sentencia»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: « **Primero.-** Dña. Salome , con DNI NUM000 , Dña. Piedad , con DNI NUM001 , Dña. Debora , con DNI NUM002 , Dña. Flora , con DNI NUM003 , Dña. Lucía , con DNI NUM004 y Dña. Bárbara , con DNI nº NUM005 , han venido prestando servicios por cuenta y bajo dependencia de las empresas ANA NAYA GARCIA S.L., con CIF nº B 15767783, dedicadas a la actividad de Guardería y Educación infantil, con el siguiente tiempo trabajado, categorías y salarios brutos con prorrata de pagas extras:

Dña. Salome 01/09/2010 Directora 50,42 €/día

Dña. Piedad , 01/08/2008 Tec. Sup. en Educ infantil 32,62 €/día

Dña. Debora 02/11/2009 Tec. Sup. en Educ infantil 32,62 €/día

Dña. Flora 27/06/2011 Personal limpieza 13,07 €/día (20 h semana)



Dña. Lucía 01/09/2010 Educadora infantil 32,62 €/día

Dña. Bárbara 01/09/2008 Educadora infantil 32,62 €/día

Las actoras prestan servicios en la Escuela Infantil "Grumete" de las Palmas.

Dña. Lucía es Delegada de Personal, no teniendo las demás actoras la condición de delegados sindicales ni representantes de los trabajadores. (Documentos nº 1, 30, 62, 84, 104 y 125 del ramo de prueba de la parte actora, no siendo controvertido el salario de las trabajadoras y nº 1 a 6 aportados por la empresa ANA NAYA GARCIA S.L.) **Segundo.**- Las actoras Dña. Bárbara , Dña. Debora y Dña. Piedad iniciaron la prestación de Servicios con la empresa ANA NAYA GARCIA S.L. firmando contratos de obra o servicio determinado, siendo las cláusulas temporales del siguiente tenor

Dña. Bárbara

" Realizar las actividades propias de su puesto de trabajo durante el curso escolar (septiembre 2010-julio 2011) en Guardería Grumete Las Palmas, según contrato suscrito con la Armada en el año 2010, por tener dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la empresa" Dña. Debora

" Realizar las actividades propias de su puesto de trabajo durante el curso escolar (septiembre 2011-julio 2012) en Guardería Grumete Las Palmas, según contrato suscrito con la Armada en el año 2010, por tener dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la empresa"

Dña. Piedad

" La realización de la obra o servicio consistente en el Servicio de Guardería Centro de Educación Infantil Grumete Las Palmas conforme al contrato administrativo suscrito entre Ana Naya García, S.L. y el Arsenal Militar de Las Palmas con fecha 01/09/2008, como técnico superior en educación infantil, teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa"

Las actoras fueron subrogadas a la empresa ARASTI BARCA MA Y MA SCV S.L. en fecha 01/09/2010, con la que, si bien en principio firmaron nuevo contrato de obra o servicio determinado, el mismo les fue convertido en contratos indefinidos para la realización de trabajos fijos discontinuos. Las actoras Dña. Salome , Dña. Lucía y Dña. Flora , comenzaron a trabajar con la empresa ARASTI BARCA MA Y MA SCV con contrato temporal para obra o servicio determinado, siendo la cláusula temporal:

Dña. Salome

" Realizar las actividades propias de su puesto de trabajo durante el curso escolar (septiembre 2010-julio 2011) en Guardería Grumete Las Palmas, según contrato suscrito con la Armada en el año 2010, por tener dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la empresa"

Dña. Lucía y Dña. Flora

" Realizar las actividades propias de su puesto de trabajo durante el curso escolar (septiembre 2011-julio 2012) en Guardería Grumete Las Palmas, según contrato suscrito con la Armada en el año 2010 y prorrogado en el 2011, por tener dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la empresa"

Los anteriores contratos fueron convertidos en contratos indefinidos para la realización de trabajos fijos discontinuos por la propia empresa. Todas las actoras, posteriormente, en fecha 04/09/2012 son nuevamente subrogadas por la empresa ANA NAYA GARCIA S.L., con quien firman nuevo contrato de obra o servicio determinado, siendo la cláusula temporal del siguiente tenor:

" Prestar los servicios de su categoría profesional en los distintos proyectos educativos, refuerzo del personal de las nuevas o existentes aulas de la escuela infantil GRUMETE LAS PALMAS, ayudar en otras tareas de su grupo profesional, mientras existan usuarios suficientes, todo ello de conformidad con el contrato administrativo suscrito entre ANA NAYA GARCIA S.L. y la ARMADA MINISTERIO DE DEFENSA, para la gestión del centro antes descrito"

Todos los contratos constan incorporados en autos por lo que dada su extensión se dan íntegramente por reproducidos. (Documentos nº 1 a 12, 30 a 39, 62 a 67, 84 a 86, 100 y 104 a 109 del ramo de prueba de las actoras, documentos aportados por la empresa ARASTI BARCA MA Y MA SCV a los autos obrantes al tomo III de las actuaciones). **Tercero.**- La trabajadora Dña. Bárbara está en la actualidad embarazada, constando su embarazo en exploración de fecha 08 de julio de 2014. (Documento nº 3 aportado por la actora). **Cuarto.**- La actora Dña. Lucía , en la actualidad, tiene concedida una reducción de jornada por cuidado de hijo con efectos del 30 de mayo de 2013 hasta el 17 de enero de 2021, teniendo una jornada de trabajo de lunes a jueves de 07:15 h a 13:45 h y viernes de 07:15 h a 14:15 h, con un cómputo mensual de 33 horas. (Documento nº 68 aportado por la actora) La actora Dña. Flora , en fecha 16 de junio de 2014 pasó de jornada parcial a jornada



completa y con un salario de 763,68 €. **Quinto.-** La demandada ANA NAYA GARCIA S.L., remitió carta a las trabajadoras de fecha 24/07/2014 de extinción de sus contratos de trabajo, en los mismos términos, siendo del siguiente tenor:

"... Por la presente ponemos en su conocimiento que con efectos del próximo día 31 de agosto de 2014 (y no el 31 de julio de 2014, como erróneamente le habíamos informado) procederá la finalización de la prestación del servicio, con estricta sujeción a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, así como a la resolución de prórroga del contrato de servicio al que se encuentra Ud. Adscrita desde el inicio de la relación laboral para con esta empresa, y que la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa ha adjudicado a KIDSCO BALANCE S.L. mediante contrato en el ámbito del Acuerdo Marco de servicios de gestión de los centros de educación infantil del Ministerio de Defensa (Número de Expediente NUM006 .) En esa fecha se producirá la extinción de su contrato de trabajo, estará a su disposición la correspondiente liquidación, finiquito y derechos que legalmente corresponda y se le hará entrega de la documentación necesaria para el desempleo. Sin otro particular y agradeciéndole sinceramente los servicios prestados para esta empresa, aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo, rogándole se sirva acusar recibo de la presente comunicación por duplicado..."

(Documentos nº 25, 42, 82, 101 y 122). **Sexto.-** La empresa KIDSCO BALANCE S.L. entrega a las actoras oferta de empleo, no acudiendo ninguna a realizar entrevista de trabajo con la nueva adjudicataria. (Documentos nº 29, 43, 83, 102, 123 y hecho no negado). **Séptimo.-** En fecha 01/09/2014 las actoras remiten burofax a la empresa KIDSCO BALANCE S.L., el cual consta en autos por lo que se da íntegramente por reproducido, siendo de interés para la presente litis del siguiente tenor:

"... todas las trabajadoras del CENTRO DE EDUCACIÓN INFANTIL GRUMETE LAS PALMAS, a medio de las presente hacen constar que el día 1 de septiembre de 2014, en su horario habitual acuden a su puesto de trabajo y quien se identifica como directora del centro, (desconocemos sus datos), les niega la entrada al mismo, alegando orden expresa de la "empresa". Se comprueba que llegan los alumnos al centro y son atendidos y/o recibido por personal que sustituye las tareas que veníamos desempeñando por cuenta de la empresa ANA NAYA GARCIA S.L. Solicitamos que la empresa KIDSCO BALANCE S.L., que proceda a la inmediata subrogación de las dicentes, reponiéndolas en sus puestos de trabajo, entendiéndose, de no producirse esta subrogación, que se han efectuado un despido tácito de quienes suscribe..." (Documento nº 26 aportado por las actoras). **Octavo.-** En BOE de fecha 17 de abril de 2014 se anuncia por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa licitación del Acuerdo Marco de servicios de gestión de los centros de educación infantil del Ministerio de Defensa. Conforme al Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), mediante procedimiento abierto, incluye a los dos centros de las Islas Canarias en el Lote nº 1. En la cláusula 10 del PCAP se establecen los criterios de valoración, estableciendo en el punto A) los criterios evaluables automáticamente mediante la aplicación de fórmulas, en el que se incluyen precios unitarios y aportaciones adicionales de personal, mantenimiento y reposición de mobiliario y enseres una ponderación de 60% y, en el punto B) los criterios cuantificables mediante juicios de valor el Proyecto Educativo, ponderado en un 35% y la programación mensual de menús del comedor en un 5%, total del apartado 40%. Constan ambos documentos en autos por lo que dada su extensión se dan íntegramente por reproducidos. (Documentos nº 141 y 142 aportados por las actoras y nº 4 aportado por la empresa KIDSCO BALANCE S.L.) **Noveno.-** Según la Junta de Contratación nº 158/14 de fecha 29 de mayo de 2014, abiertos los sobres, entregando al órgano técnico designado para su valoración que fue:

LOTE 1 B1 - 35% B2 - 5%

Proyecto Educativo Progr menú comedor

KIDSCO BALANCE S.L. 34,625 5,000

ANA NAYA GARCIA S.L. 32,500 5,000

LOTE 1 PUNTO A) PUNTO B) TOTAL

KIDSCO BALANCE S.L. 52,983 39,63 92,61

ANA NAYA GARCIA S.L. 53,956 37,50 91,43

(Documento nº 6 aportado por la empresa KIDSCO BALANCE S.L.)

Décimo.- Según el Acta de Evaluación Técnica de Ofertas del Expediente nº NUM006 respecto al LOTE 1, se evalúa el Proyecto Educativo de ambas empresas:

" LICITADOR 1.- KIDSCO BALANCE S.L.

El proyecto presentado por esta empresa es, a juicio del órgano técnico, de muy alta calidad. Ha seguido fielmente la estructura planteada en el PPT y ha desarrollado la práctica totalidad de los puntos de una manera completa y detallada, ofreciendo un proyecto educativo que, también en su conjunto, asegura una educación de calidad



para los niños y niñas usuarios de los CEI,s del Ministerio de Defensa. Los apartados en los que se le ha restado puntuación han sido los siguientes: En el apartado 5 "Organización Escolar"...

LICITADOR 2.- ANA NAYA GARCIA S.L.

El proyecto presentado por este licitador ha sido también valorado muy positivamente por el órgano técnico, habiendo efectuado un desarrollo general bastante adecuado en relación con lo solicitado y que asegura, como en el caso anterior, una alta calidad educativa. Los apartados en los que se le ha restado puntuación han sido los siguientes:

En el apartado 2 "Análisis del Contexto"...

En el apartado 5 "Organización Escolar"...

En el apartado 6 "Propuesta Pedagógica"...

El Acta consta incorporada en autos por lo que dada su extensión se da íntegramente por reproducida. (Documento nº 7 aportado por la demandada KIDSCO BALANCE S.L. en su ramo de prueba). **Undécimo.-** Según el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) el cual consta en autos por lo que dada su extensión se da íntegramente por reproducido, el proyecto educativo objeto de la contrata, punto 5, es para la etapa denominada Educación Infantil, que atiende a niños desde el nacimiento hasta los seis años de edad. (Documento aportado por el Ministerio de Defensa obrante al tomo III de las actuaciones). **Duodécimo.-** Los pliegos de cláusulas administrativas particulares del Ministerio de Defensa, incluida la adjudicación de la contrata en 2012 a la mercantil ANA NAYA GARCIA S.L. establecían la obligación de subrogar a los trabajadores. (Hecho no controvertido). **Décimotercero.-** Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) del Expediente nº NUM006 establece, en la cláusula 26, las reglas especiales respecto del personal laboral de la empresa contratista, determinando que corresponde exclusivamente al contratista la selección de personal que, reuniendo los requisitos de titulación y experiencia exigidos en los pliegos, formará parte del equipo de trabajo adscrito a la ejecución del AM y sus CD. (Documento nº 141 y 142 aportados por las actoras y nº 4 aportado por la empresa KIDSCO BALANCE S.L.). **Décimocuarto.-** La empresa KIDSCO BALANCE S.L. ha contratado para la prestación de servicios en la Escuela Infantil "Grumete" de las Palmas a 6 nuevas trabajadoras. (Documento nº 21 aportado por la empresa demandada). **Décimoquinto.-** El material existente en el "CEI Grumete Las Palmas" es propiedad del ministerio de defensa, quien lo proporciona a la empresa adjudicataria de la licitación. Según el PPT, punto 12, es obligatorio por el contratista el soporte didáctico y material fungible preciso al Equipo Educativo para el correcto desarrollo del Proyecto Educativo. Corresponde a los padres o tutores la aportación de pañales, toallitas en los casos en que los niños precisen de ellos y leche y cereales de los lactantes. Consta incorporado en autos por lo que dada su extensión se dan íntegramente por reproducidos. (Documento obrante al Tomo III de las actuaciones). **Décimosexto.-** En fecha 26/03/2012 por la empresa ANA NAYA GARCIA S.L. se informa al Ministerio de Defensa, unidad de contratación, que la empresa ARASTI BARCA MA Y MA SCV había transformado los contratos de las trabajadoras de la Escuela Infantil "Grumete" de las Palmas a obra o servicio determinado a fijos discontinuos, con anterioridad a la apertura de la oferta económica de 2012, lo que podría determinar alguna alteración de las condiciones en las que la empresa había realizado la oferta económica a dicha licitación. (Documento nº 16 aportado por la empresa ANA NAYA GARCIA S.L.). **Décimoséptimo.-** El Ministerio de Defensa, en fecha 03 de septiembre de 2012, responde a la empresa KIDSCO BALANCE S.L., en el sentido de que la Adjudicataria del Servicio en el expediente 44/12, según el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato administrativo, establece en el punto 2.8.1.5. relativa a los derechos y obligaciones del adjudicatario, que le corresponde subrogarse como empleador en todos los contratos de los trabajadores que estén prestando servicios a 01/07/2012, así como que se facilitará a las empresas licitadoras, con antelación a la parentación de ofertas, los datos económicos de los contratos de trabajo. (Documento nº 17 aportado por la empresa KIDSCO BALANCE S.L.). **Décimooctavo.-** El Jefe de Recursos Humanos de la empresa ANA NAYA GARCIA S.L. , D. Patricio , remitió a la actora, Dña. Salome - Directora de la escuela de Las Palmas- correo electrónico de fecha 23/06/2014, el cual consta incorporado en autos por lo que se da íntegramente por reproducido, siendo de interés para la presente litis, del siguiente tenor:

"... A propuesta de varias de vuestras compañeras de los centros afectados, os informo sobre la propuesta laboral que realiza la nueva adjudicataria del contrato:

...

4º Otro aspecto MUY IMPORTANTE a la hora de valorar, seguir trabajando o no los próximos 3 años, es que como sabéis Defensa no impuso la SUBROGACIÓN en este contrato, pero OJO, finalizado los 3 años y volviendo a licitar nuevamente TODAS las escuelas pueden imponer en PLIEGOS LA SUBROGACIÓN. Qué significa esto?? Pues si no estáis trabajando e imponen la subrogación, y entramos nuevamente tenemos la obligación de seguir



con esas trabajadoras, y las que quedasteis fuera no podríamos contratarlas. Con respecto a esta situación solo tenéis 2 opciones:

* aceptar el trabajo (a pesar de un sueldo inferior) y trabajar unos 3 años más con opción de seguir por subrogación o continuación de la actual empresa.

* Cobrar la liquidación y engrosar las listas del paro, sabiendo que en 3 años mínimo cativos no va a entrar, e incluso entrando, si hay subrogación no poder contrataros..." (Documento nº 28 aportado por las actoras).

Décimonoveno.- El Director de Recursos Humanos de ANA NAYA GARCIA S.L., D. Patricio , solicitó a las trabajadoras que firmaran la baja voluntaria de la empresa ANA NAYA GARCIA S.L.. (Expreso reconocimiento por la demandada ANA NAYA GARCIA S.L.). **Vigésimo.-** Las actoras han presentado reclamaciones previas ante el Ministerio de Defensa y papeletas de conciliación ante el SEMAC, constando en autos las actas de conciliación.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la letrada D.^a Carmen Castellano Caraballo, en nombre y representación de D.^a Salome y otras, y la procuradora D.^a Elena Gutierrez Cabrera, en nombre y representación de la mercantil Ana Naya García, S.L., formularon recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sede Las Palmas, dictó sentencia en fecha 8 de enero de 2016, recurso 907/2015 , en la que consta el siguiente fallo:

«a) Se estiman los recursos de suplicación interpuestos por D.^a Salome , D.^a Piedad , D.^a Debora , D.^a Flora , D.^a Lucía y D.^a Bárbara , representadas por la Letrada D.^a Carmen Castellano Caraballo y por Ana Naya García SL, representada por la Letrada D.^a Elena Gutiérrez Cabrera, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de Las Palmas de fecha 26/03/15 dictada en Autos nº 725/14.

b) Se revoca dicha resolución, en el sentido de declarar la improcedencia de los despidos de que fueron objeto D.^a Salome , D.^a Piedad , D.^a Debora y D.^a Flora , condenando a la empresa Kidsco Balance SA, a su elección, a su inmediata readmisión en las mismas condiciones que regían antes de producirse aquel, con satisfacción de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (31/08/14) hasta que la readmisión tenga lugar o hasta que las trabajadoras hubieran encontrado otro empleo, si tal colocación fuese anterior a la sentencia y se acreditase por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios mencionados a razón de 50'42 € día a D.^a Salome , 32'62 € a D.^a Piedad y D.^a Debora , y 25'45 € día a D.^a Flora , o a abonarles una indemnización de 7.512'58 € a D.^a Salome , 7.918'51 € a D.^a Piedad , 6.083'63 € a D.^a Debora y 2.933'11 € a D.^a Flora , supuesto este último en que la extinción del contrato se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo, y, ello, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder a Fogasa conforme a la legislación vigente.

La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia en la secretaría de esta Sala en los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia sin esperar a que la misma adquiriera firmeza.

c) Se confirma el pronunciamiento respecto a la calificación como nulo de los despidos de D.^a Lucía y D.^a Bárbara con los efectos inherentes, revocando el relativo a la empresa responsable, declarando la responsabilidad de dicha calificación de Kidsco Balance SA.

Se decreta la devolución al recurrente del depósito y la consignación constituidos para recurrir una vez firme esta resolución.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Las Palmas, el letrado D. José Manuel Sánchez Valdés, en nombre y representación de KIDSCO BALANCE, S.L., y la letrada D.^a Carmen Castellano Caraballo, en nombre y representación de D.^a Salome y otras, interpusieron sendos recursos de casación para la unificación de doctrina, que se formalizaron ante esta Sala mediante escritos fundados en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 30 de octubre de 2015, rec. 3123/15 , en el recurso formalizado por la empresa, y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 10 de mayo de 2013 , rec. 1010/2012, en el recurso formalizado por las trabajadoras.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por las partes recurridas, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de que el recurso de la empresa KIDSCO BALANCE SL ha de ser declarado procedente y que el recurso de las trabajadoras debe ser desestimado.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 16 de abril de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.-1.- La primera cuestión debatida, planteada por la recurrente Kidsco Balance SL, es si la adjudicación de los Servicios de Gestión de los centros de Educación Infantil del Ministerio de Defensa a la empresa Kidsco Balance SL supone que existe sucesión de empresa respecto a la mercantil Ana Naya SL, anterior adjudicataria del servicio, habiendo procedido esta última a extinguir los contratos de todos los trabajadores que prestaban servicios en el centro de trabajo, no habiendo contratado la nueva adjudicataria a ningún trabajador de la anterior, procediendo a efectuar contratación de nuevos trabajadores.

La segunda cuestión, planteada en el recurso formulado por la parte actora es si procede declarar la nulidad de los despidos por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva,

2.- El Juzgado de lo Social número 7 de los de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia el 26 de marzo de 2015, autos número 725/2014, aclarada por auto de 30 de abril de 2015, estimando parcialmente la demanda formulada por DOÑA Salome, DOÑA Piedad, DOÑA Debora, DOÑA Flora, DOÑA Lucía y DOÑA Bárbara contra ANA NAYA GARCÍA SL, KIDSCO BALANCE SL, MINISTERIO DE DEFENSA, ARRASTI BARCA MA Y MA CVC Y FOGASA sobre DESPIDO, declarando la nulidad del despido efectuado por la empresa ANA NAYA GARCÍA SL, condenándola a que readmita a las trabajadoras en iguales condiciones a las que regían antes de los despidos y al abono de los salarios dejados de percibir, debiendo el FOGASA estar y pasar por dicha declaración. Se absuelve a KIDSCO BALANCE SL, MINISTERIO DE DEFENSA, ARRASTI BARCA MA Y MA CVC de los pedimentos contenidos en la demanda en su contra formulada.

Tal y como resulta de dicha sentencia las actoras han venido prestando servicios para la demandada Ana Naya García SL, dedicada a la actividad de guardería y educación infantil, prestando sus servicios en la Escuela infantil Grumete de Las Palmas, siendo Doña Lucía Delegada de Personal. Las actoras Doña Piedad, Doña Debora y Doña Bárbara iniciaron la prestación de servicios con dicha empresa en virtud de contrato para obra o servicio determinado. Las actoras fueron subrogadas por la empresa Arasti Barca MA y MA SVC el 1 de septiembre de 2010, con la que firmaron contrato de obra o servicio determinado que, posteriormente, les fue transformado en contrato indefinido para la realización de trabajos fijos discontinuos. Las actoras Doña Salome, Doña Flora y Doña Lucía comenzaron a trabajar con la empresa Arasti Barca MA y MA SVC con contrato temporal para obra o servicio determinado, convirtiéndose posteriormente en contrato indefinido. Todas las actoras son subrogadas el 4 de septiembre de 2012 por la empresa Ana Naya García SL. La actora Doña Bárbara se encuentra embarazada, constando su embarazo desde 8 de julio de 2014. La actora Doña Lucía tiene concedida reducción de jornada por cuidado de hijo con efectos del 30 de mayo de 2013 hasta el 17 de enero de 2021.

El director de recursos humanos de la empresa Ana Naya García SL, solicitó a las trabajadoras que firmaran la baja voluntaria de la empresa, a lo que se negaron. Remitió carta a las trabajadoras el 24 de julio de 2014, comunicándoles la extinción de sus contratos de trabajo, con efectos de 31 de agosto de 2014, con sujeción a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, ya que la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa ha adjudicado la gestión de los centros de educación infantil a Kidsco Balance SL. Esta última entrega a las trabajadoras oferta de empleo, no acudiendo ninguna a realizar la entrevista de trabajo con la nueva adjudicataria. La empresa Kidsco Balance SL ha contratado seis trabajadoras para la prestación de servicios en la Escuela Infantil Grumete de Las Palmas. La prestación del servicio se realiza en las instalaciones del Ministerio de Defensa, que pone a disposición de la adjudicataria, dotadas del correspondiente equipamiento y mobiliario. La actividad que se desarrolla es la de gestión integral de los centros de educación infantil titularidad del Ministerio de Defensa que comprende, tanto la atención y educación de los menores inscritos en las guarderías, como la gestión económico administrativa y el servicio de comedor.

3.- Recurrida en suplicación por la Procuradora Doña Elena Gutierrez Cabrera, en representación de ANA NAYA GARCÍA SL y por la Letrada Doña Carmen Castellano Caraballo, en representación de DOÑA Salome, DOÑA Piedad, DOÑA Debora, DOÑA Flora, DOÑA Lucía y DOÑA Bárbara la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas, dictó sentencia el 8 de enero de 2016, recurso número 907/2015, estimando el recurso formulado por la Procuradora Doña Elena Gutierrez Cabrera, en representación de ANA NAYA GARCÍA SL y el formulado por la Letrada Doña Carmen Castellano Caraballo, en representación de DOÑA Salome, DOÑA Piedad, DOÑA Debora, DOÑA Flora, DOÑA Lucía y DOÑA Bárbara, revocando la sentencia impugnada en el sentido de declarar la improcedencia de los despidos de las trabajadoras, condenando a KIDSCO BALANCE SL a que, a su elección, a ejercitar en plazo de cinco días, proceda a la inmediata readmisión de las trabajadoras o las indemnice con las cuantías que fija, en cuyo caso el contrato se entenderá extinguido en la fecha del cese efectivo en el trabajo. Se confirma la calificación de nulos de los despidos de DOÑA Lucía y DOÑA Bárbara, revocando la sentencia en lo relativo a la empresa responsable que es KIDSCO BALANCE SL.

La sentencia entendió que se ha producido una sucesión de empresa, siendo la sucesora de Ana Naya García SL la empresa Kidsco Balance SL, ya que la actividad desarrollada no descansa esencialmente en la



mano de obra, pues para la ejecución del objeto del contrato administrativo, consistente en la explotación de los centros educativos, no es el elemento esencial el personal educativo, sino que solo contando con los adecuados elementos patrimoniales, infraestructura y medios materiales importantes es posible la continuidad de la actividad subcontratada. Continúa razonando que estamos ante una sucesión de contrataciones que ha ido acompañada de la transmisión por la Administración de las propias guarderías, dotadas con todo el equipamiento necesario para su funcionamiento, se ha producido una sucesión empresarial pues se ha transferido de una a otra adjudicataria de la contrata una unidad productiva autónoma susceptible de ser explotada y puesta en funcionamiento de manera inmediata.

Respecto a la declaración de nulidad del despido efectuada en la sentencia de instancia, al considerar que se había vulnerado el derecho fundamental de las actrices a la tutela judicial efectiva, al negarse a firmar el documento de baja voluntaria que les presentó el jefe de recursos humanos de la empresa Ana Naya SL, la sentencia razona que tal dato no constituye elemento indiciario alguno de que la extinción contractual constituya una medida reactiva a cualquier reivindicación judicial de sus derechos laborales. Continúa razonando que «Con independencia de que esa solicitud fuera o no ajustada a derecho, lo cierto es que las demandantes en ningún momento la atendieron y el no haberlo hecho no puede equipararse a la presentación de una reclamación judicial o extrajudicial o a la realización de actos preparatorios de aquellas, que son lo que constituye el objeto de protección por la garantía de indemnidad, de manera que esta última en ningún caso podría haberse conculcado.

Atendiendo a las circunstancias concurrentes ni siquiera advertimos que la extinción del contrato de las demandantes pueda tener cualquier tipo de conexión con esa negativa a firmar la dimisión pues ha quedado acreditado en el proceso que la contrata se rescindió y se adjudicó a Kidsco y esas y no otras han sido las causas alegadas en la comunicación extintiva para proceder al cese, habiéndose discutido en el procedimiento si la decisión extintiva de la cesante o la negativa de la entrante a subrogarla manifestaban despido, lo que revela inequívocamente que la extinción contractual ha respondido exclusivamente a las circunstancias objetivas que se mencionaban en la carta de extinción contractual.»

4. - Contra dicha sentencia se interpusieron sendos recursos de casación para la unificación de doctrina, por el Letrado D José Manuel Sánchez-Cervera Valdés, en representación de KIDSCO BALANCE SL y por la Letrada Doña Carmen Castellano Caraballo, en representación de DOÑA Salome , DOÑA Piedad , DOÑA Debora , DOÑA Flora , DOÑA Lucía y DOÑA Bárbara .

El primero de los recurrentes aporta, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 30 de octubre de 2015, recurso número 3123/2015 .

El segundo de los recurrentes aporta, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 30 de octubre de 2015, recurso número 3123/2015 .

5. - El Procurador D. Javier González Fernández, en representación de ANA NAYA GARCÍA SL, y el Letrado D José Manuel Sánchez-Cervera Valdés, en representación de KIDSCO BALANCE SL, han impugnado el recurso interpuesto por, la Letrada Doña Carmen Castellano Caraballo, en representación de DOÑA Salome , DOÑA Piedad , DOÑA Debora , DOÑA Flora , DOÑA Lucía y DOÑA Bárbara , Esta última, en la representación que ostenta, ha impugnado el recurso interpuesto por KIDSCO BALANCE SL.

El Ministerio Fiscal informa que el recurso de la empresa KIDSCO BALANCE SL ha de ser declarado procedente y debe ser desestimado el recurso de las trabajadoras.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste, invocada por el recurrente, el Letrado D José Manuel Sánchez-Cervera Valdés, en representación de KIDSCO BALANCE SL, para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 30 de octubre de 2015, recurso número 3123/2015 , estimó el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de Kidsco Balance SL frente a la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2012 , dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de El Ferrol , en autos número 650/2014, en procedimiento por despido, promovido por Doña Justa y otras, revocando la sentencia recurrida y desestimando la demanda formulada, absolviendo a las demandadas de las pretensiones contenidas en la demanda en su contra formulada.

Consta en dicha sentencia que las actrices han venido prestando servicios para la demandada Ana Naya García SL, dedicada a la actividad de guardería y educación infantil, prestando sus servicios en la Escuela infantil Grumete de El Ferrol, en virtud de contratos temporales, posteriormente transformados en contratos



indefinidos. La demandada Ana Naya SL, notificó a las trabajadoras, en fechas 16 de junio de 2014, 24 de julio de 2014 y 22 de agosto de 2014, la extinción de sus respectivos contratos, por causas objetivas, con fecha de efectos de 31 de agosto de 2014. Por resolución del Ministerio de Defensa de fecha 26 de junio de 2014 se adjudicó a la empresa Kidsco SL los lotes 1 y 2 de los Servicios de Gestión de los Centros de Educación Infantil del Ministerio de Defensa. En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares figura la aportación al mantenimiento y reposición de mobiliario y enseres que ha de realizar el adjudicatario. La empresa Ana Naya SL tenía una plantilla de nueve trabajadores en el centro de El Ferrol. El 31 de julio de 2014 una trabajadora del centro de El Ferrol suscribió documento de baja voluntaria, siendo contratada por Kidsco SL, mediante contrato para obra o servicio. Esta empresa ha contratado a 14 trabajadores, contratando únicamente a una trabajadora de la anterior adjudicataria Ana Naya García SL.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento: «En este caso, la juez ha dejado claro que conforme a la norma convencional aplicable, para la sucesión de empresa en el ámbito de los centros de educación infantil, resulta aplicable el art. 44 del ET . Y como se ha dicho más arriba, el art. 44 del ET exige para que se produzca una sucesión empresarial, bien la transmisión de elementos patrimoniales y de personas, pues el objeto de la transmisión ha de ser "un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio", o bien en el caso de que la actividad en concreto descansa fundamentalmente en la mano de obra, que sea esta (mano de obra) la que se transmita.

La juez ha declarado probado también que en este caso la actividad descansa necesariamente en la mano de obra que es, en este caso, el Equipo educativo, y que la actividad podía continuar simplemente con incorporar el referido equipo educativo, sin necesidad de ningún otro elemento patrimonial ni de aportación de instalaciones o material, pues entre otras cosas, los elementos patrimoniales son los de la principal, esto es, el Ministerio de Defensa.». Continúa razonando: «la asunción de la plantilla era una decisión que debía quedar a la voluntad de la nueva adjudicataria, quién en el ejercicio de dicha facultad no asumió la totalidad del equipo educativo anterior, sino que sólo contrató a una trabajadora del anterior equipo educativo, de manera que en realidad no asumió la plantilla de la anterior adjudicataria. No asumiendo la plantilla, no estamos en presencia de una sucesión por asunción de plantilla.»

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS .

En efecto, en ambos supuestos se examina si la adjudicación de los Servicios de Gestión de los centros de Educación Infantil del Ministerio de Defensa a la empresa Kidsco Balance SL supone que existe sucesión de empresa respecto a la mercantil Ana Naya SL, anterior adjudicataria del servicio. En ambos supuestos esta última empresa ha procedido a extinguir los contratos de todos los trabajadores que prestaban servicios en el centro de trabajo y la nueva adjudicataria ha procedido a contratar nuevos trabajadores, no haciéndose cargo de los trabajadores que prestaron sus servicios para Ana Naya SL -en la de contraste la nueva adjudicataria contrata a una trabajadora proveniente de Ana Naya SL.- Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios ya que, en tanto la sentencia recurrida condena a la empresa Kidsco Balance SL a las consecuencias jurídicas que se derivan de la declaración de nulidad de dos de los despidos y de improcedencia de los restantes, la sentencia de contraste absuelve a esta empresa.

Es irrelevante, a efectos de la contradicción, que en la sentencia recurrida se considere que la actividad desarrollada por la adjudicataria del servicio no descansa de forma prevalente en la mano de obra y que en la sentencia de contraste se asuma la consideración efectuada por la juez de instancia de que la actividad descansa necesariamente en la mano de obra, ya que no se trata de un hecho probado, sino de la valoración efectuada por la juzgadora a la vista de los datos fácticos aportados.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal , procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.-1.- La recurrente alega infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , citando sentencias del TJUE y de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

En esencia alega que la mera sucesión de actividad no constituye traspaso ni sucesión de empresa, siendo necesario para que se produzca el fenómeno de la sucesión que se haya producido la transmisión de una entidad económica, formada o estructurada por un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica. Continúa razonando que no se han transmitido bienes materiales ya que, aunque cuando se hace entrega y adjudicación de las instalaciones del centro educativo, también se le entrega un inventario con la relación de bienes existentes en el centro, dichos bienes son propiedad del Ministerio de Defensa y continúan siendo propiedad de dicho Ministerio, no siendo suficiente para considerar que existe una transmisión de bienes esa puesta a disposición o mera cesión, habiéndose subcontratado una actividad



a realizar en instalaciones ajenas a la subcontrata. No hay una transmisión de elementos patrimoniales sino una mera cesión temporal de unas instalaciones ajenas.

Señala que la actividad descansa fundamentalmente en un proyecto, en una labor educativa y que no ha existido transmisión de plantilla, lo que unido a las anteriores consideraciones determina que no es de aplicación el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, sino el artículo 42.

2.- Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en supuestos de reversión a la arrendadora de una determinada actividad o servicio público, y lo ha hecho, entre otras, en las siguientes sentencias:

La sentencia de 30 de mayo de 2011, recurso 2192/2010, examina el supuesto en el que el servicio de grúa de retirada de vehículos revierte al Ayuntamiento desde la empresa concesionaria, incautándose el citado Ayuntamiento de las grúas que la empresa dedicaba a esta actividad, procediendo al desarrollo de la misma con los citados elementos, a través de una empresa municipal. La sentencia entiende que hay sucesión de empresa con el siguiente razonamiento:

«2.- Ciertamente que con carácter general, la doctrina de la Sala es constante al afirmar que la extinción de la contrata y asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial; y que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista, sin que posea responsabilidad alguna la principal (en este sentido, por ejemplo, las SSTS 06/02/97 -rec. 1886/96 -; 17/06/97 -rec. 1553/96 -; y 27/12/97 -rec. 1727/97 -).

Pero 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 aquella 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 Süzen; 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 -).

3.- De otra parte no cabe desconocer que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró, mientras estaba en vigor la Directiva 77/1987 [modificada por la Directiva 98/50], que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva (STJCE 212/2000, de 26/Septiembre, Asunto Mayeur, apartado 33); y que la misma conclusión se impone en el caso de la vigente Directiva 2001/23 [codificación de aquéllas], puesto que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva (SSTJCE 99/1992, de 19 /Mayo, Asunto Redmond Stichting; 195/2000, de 14/Septiembre, Asunto Collino y Chiappero; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09, apartado 25, que en cuestión prejudicial planteada por Juzgado de España, precisamente enjuicia -y declara- la sucesión empresarial de un Ayuntamiento por la asunción directa de la gestión del servicio público de mantenimiento de parques y jardines).

4.- En el caso de que tratamos, el Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Sevilla en 14/01/04, resolviendo que el servicio de grúa municipal habría de ser llevado de forma directa por la Corporación a través de la empresa «Tussam», con todos los medios materiales que en su día habían sido incautados [esta es la expresión que utiliza la sentencia recurrida] a «Setex Aparki, S.L.», y que al personal de la empresa concesionaria caducada «le sería de aplicación la legislación vigente», configura la transmisión de empresa cuyos contornos hemos perfilado someramente en los precedentes apartados.



Y no porque se hubiese acordado expresamente -que no fue así, como más arriba hemos indicado- la «asunción de plantilla» que entendió concurrente la sentencia de contraste y que configura por sí misma sucesión empresarial en ciertos sectores en los que prima la actividad personal y la organización (SSTJCE 45/1997, Asunto Süzen; 308/1998, de 10/Diciembre, Asunto Hernández Vidal; 309/1998, Asunto Hidalgo; 29/2002, de 24/Enero, Asunto Temco Service Industries; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09 . Ya en nuestra jurisprudencia, entre otras, SSTS 20/10/04 -rcud 4424/03 -; 07/11/05 -rec. 3515/04 -; y 27/06/08 -rcud 4773/06 -). Sino básicamente porque se trata de la transmisión de «un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica» [art. 1 b) de la Directiva 2001/23], la «unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada» de que habla -desde siempre- nuestra doctrina jurisprudencial (valgan de ejemplo las SSTS 23/09/97 -rec. 300/97 -; Sala General 15/04/99 -rcud 734/98 -; 17/05/00 -rec. 2953/99 -; y 25/02/02 -rcud 4293/00 -). Sin que pueda argumentarse -en contra- de esta conclusión- que los elementos patrimoniales ya eran propiedad municipal y que ello nos sitúa frente a una simple reversión de medios [no determinante de sucesión empresarial], que no transmisión de los mismos, puesto que el argumento únicamente sería válido si se tratase de una propiedad municipal originaria, y no es viable cuando -como en autos- los citados componentes materiales habían sido previamente «incautados» a «Servicleops, S.L.» y su utilización pasó sin solución de continuidad a las nuevas concesionarias [primero «Setex Aparki S.A.», posteriormente -aunque sin ejercicio efectivo de la gestión transmitida a la entidad municipal- a «Tussam» y en último término a «Aussa»].

La sentencia de 26 de enero de 2012, recurso 917/2011 , examina el supuesto en el que se produce la reversión de un servicio público asistencial desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura empresarial y asumiendo a toda la plantilla de dicha empresa. La sentencia concluye que procede la aplicación del artículo 44 ET y la responsabilidad solidaria respecto de las deudas salariales anteriores, con el siguiente razonamiento:

«A tenor de la doctrina trascrita no cabe duda que en el presente caso nos hallamos ante un claro supuesto de sucesión empresarial del artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores , en cuanto está acreditado que el Ayuntamiento, tras cesar la empresa concesionaria en la gestión y explotación del servicio público de asistencia geriátrica que se le había concedido, y que se llevaba a cabo en el Centro Residencial "Virgen de Guadalupe", asumió directamente dicha gestión y explotación sin solución de continuidad y haciéndose cargo de todos los trabajadores que, como Cuidadores, prestaban sus servicios profesionales en el señalado Centro Residencial; y esta sucesión conlleva, de conformidad con lo establecido en el apartado 3 del ya mencionado artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , que el Ayuntamiento codemandado deba responder solidariamente con la empresa demandada de las deudas salariales contraídas por ésta con los trabajadores demandantes, como acertadamente ha entendido la sentencia recurrida».

En idéntico sentido se ha pronunciado la sentencia de 11 de junio de 2012, recurso 917/2011 .

La sentencia de 22 de septiembre de 2014, recurso 2689/2013 , examina la reversión a un Ayuntamiento del servicio de limpieza viaria, que con anterioridad venía realizando una empresa privada, sin que exista transmisión de elementos patrimoniales ni personales. La sentencia concluye que no hay transmisión de empresa, con el siguiente razonamiento:

«Y a pesar de que el objetivo y finalidad declarados por la Directiva 2001/23/CEE que codificó, entre otras, la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977 (igual que los del art. 44 del ET que las traspuso y que regula esta materia en nuestro ordenamiento interno) sea la protección de los trabajadores en los supuestos de sucesión empresarial, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos, de lo que no cabe duda es que la mera asunción por el Ayuntamiento recurrente – por reversión o rescate– de la actividad de limpieza viaria del municipio que antes hacía –por contrata– la empresa cesionaria, sin que exista constancia de que se haya producido ninguna transmisión de medios materiales o de cualquier otro orden, incluida –es decir, tampoco consta– la de haber asumido a alguno de los trabajadores (la figura comúnmente denominada " sucesión de plantilla") que habían prestado servicios para la empresa privada concesionaria, debe determinar la estimación del recurso porque, de manera similar a lo que el Tribunal de Justicia ha decidido en su reciente sentencia de 20-1-2011, Asunto C-463/09 (aunque ahora no se trate, como en dicha sentencia, de la limpieza de determinadas dependencias o locales de un ayuntamiento sino de la limpieza viaria del municipio), en estos casos, además de que la subrogación probablemente no se compaginaría bien con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y con las normas que regulan el acceso al empleo público y la selección del personal laboral en ese ámbito, como ya tenía declarado esta Sala en asuntos que en lo esencial guardan identidad de razón con el de los presentes autos (por todas, STS, Pleno, 29-5-2008, R, 3617/06 , con resumen de la doctrina de la propia Sala y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hasta entonces), tampoco aquí resultan de aplicación el art. 44 ET ni el art. 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23/CE .



En sentido contrario, es decir, cuando la reversión vaya acompañada de la transmisión de medios materiales o cuando pueda darse la figura de la "sucesión de plantilla", y, por tanto, concurra la sucesión empresarial del art. 44 ET, puede verse, por todas, nuestra reciente sentencia de 30-5-2011 (R. 2192/10) que resume además la doctrina al respecto.

3. Por consiguiente [tal como concluía la sentencia últimamente citada del Pleno de esta Sala], si no existe transmisión de elementos materiales y tampoco puede apreciarse la concurrencia de "sucesión de plantilla", en los términos y condiciones que la doctrina de la Sala requiere al objeto de que tratamos, es obvio que no puede sostenerse que exista en el caso de autos una sucesión de empresa de las que se regulan en el art. 44 del ET ».

Asunto similar había sido resuelto por la sentencia de 11 de julio de 2011, recurso 2861/2010.

La sentencia de 19 de mayo de 2015, recurso 358/2014, ha examinado el asunto en el que una empresa, concesionaria del servicio de cafetería de un organismo público, habiendo acordado que se prorrogara la contrata hasta que hubiese un nuevo concesionario, despide a los trabajadores. La sentencia entendió que no existe sucesión de empresas tratándose de contrataciones administrativas, cuando ni siquiera se han reanudado los servicios propios de la contrata. Contiene el siguiente razonamiento:

«Siendo este último el caso de autos, mal puede sostenerse que el Organismo demandado haya adquirido la cualidad de empresario -como se pretende- respecto de los 37 trabajadores que al servicio de HUSA realizaban los cometidos de la contrata, por el mero hecho de que ésta hubiese cesado -voluntaria y unilateralmente- en los servicios contratados, sin mediar nueva adjudicación y sin que el Organismo codemandado se hubiese hecho cargo del servicio, por el sólo hecho de poner a su disposición -sin que el requerido los aceptase- los medios materiales de los que se había venido sirviendo».

La sentencia de esta Sala de 23 de septiembre de 2014, recurso 231/2013, examina el supuesto en que se suprime por Ley la Agencia Pedro Laín Entralgo y sus funciones son asumidas por la Consejería de Sanidad de la CAM. Entiende la sentencia que hay sucesión de empresa, con el siguiente razonamiento.

«Las tareas y atribuciones que venían desarrollándose en dicha Agencia no han sido suprimidas ya que desde el 1 de enero de 2013 la Consejería de Sanidad de la CAM continúa desarrollándolas, a través de la Dirección General de Investigación, Formación e Infraestructuras Sanitarias, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2012, de 4 de julio.

El patrimonio de la Agencia se ha integrado en el Patrimonio de la Administración de la Comunidad de Madrid, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2012, de 4 de julio y artículo 68 de la Ley 3/2001, de 21 de junio.

El personal funcionario de carrera de la Agencia ha quedado adscrito a la Comunidad de Madrid y el personal laboral fijo se ha integrado en la plantilla de la Administración de la Comunidad de Madrid».

La sentencia de 19 de septiembre de 2017, recurso 2832/2016, ha examinado el supuesto en el que se produce la reasunción por el Ministerio de Defensa del servicio de cocina y restauración que había sido externalizado a una empresa, pasando a desarrollarse directamente la actividad por el Ministerio, con su propio personal y con las instalaciones, equipos e instrumentos entregados a la contratista para la realización del encargo y devueltos al finalizar la contrata, no habiéndose hecho cargo el Ministerio de los trabajadores adscritos a la contrata. La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"... estamos en presencia de una actividad externalizada, primero, y recuperada, después, que no se basa exclusiva o fundamentalmente en la mano de obra. Antes al contrario, para prestar el servicio encomendado hacen falta -son absolutamente imprescindibles- unas instalaciones que tengan un equipamiento importante y un utillaje adecuado, sin los cuales es imposible la realización del servicio encomendado. Los frigoríficos, congeladores, las cocinas, los hornos, y los utensilios de una cocina industrial se revelan como elementos materiales de importancia capital para la realización de la actividad contratada, teniendo un valor que, en absoluto, puede considerarse ni desdeñable ni marginal en la actividad de que se trata.

Junto al elemento subjetivo -resulta evidente que se ha producido un cambio en la titularidad de la utilización de los medios de producción afectos al servicio contratado-, resulta palmaria la concurrencia del elemento objetivo pues ha existido en la operación de reversión del servicio contratado la entrega de los elementos patrimoniales que resultan inevitables para la continuidad de la actividad, lo que revela la transmisión de un conjunto de medios que conforman una determinada actividad económica que mantiene su identidad tras la reasunción del servicio por parte del Ministerio de Defensa. No hay duda, por tanto, de la existencia de un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio. Conjunción de elementos que determina que estemos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 y del artículo 44 ET. Sin que, por otra parte, resulte de aplicación el artículo 301.4 TRLCSP que se refiere a



supuestos distintos -que se caracterizan, precisamente, por la ausencia de una transmisión empresarial-de los aquí contemplados en los que, como se avanzó, existe una sucesión de empresa en los términos que establece tanto la Directiva como el artículo 44 ET " .

CUARTO.-1.- La interpretación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores ha de realizarse, tal como retiradamente ha venido señalando la jurisprudencia de esta Sala, a la luz de la normativa de la Unión Europea -Directiva 77/187 CEE , sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de empresas o de centros de actividad, sustituida por la Directiva 98/50 CE de 29 de junio de 1998 y por la actualmente vigente Directiva 2001/23 CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001- y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La sentencia de 12 de diciembre de 2002, recurso 764/02 , con cita de la de 1 de diciembre de 1999 establece lo siguiente:

"El supuesto de hecho del art. 44 del E.T ., al que se anuda la consecuencia jurídica de la sucesión o subrogación de un nuevo empleador en la posición del anterior empresario, presenta una cierta complejidad. La ley española lo describe en términos genéricos como "cambio de titularidad" de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma". Dejando a un lado el caso especial de sucesión en la empresa "mortis causa" a que se refiere el art. 49.1.g. del ET ., los acontecimientos constitutivos del cambio de titularidad de la empresa o de alguno de sus elementos dotado de autonomía productiva, han de ser, siguiendo la formulación de la propia ley española, actos "inter vivos" determinantes de una "transmisión" del objeto sobre el que versa (la "empresa" en su conjunto, un "centro de trabajo", o una "unidad productiva autónoma") por parte de un sujeto "cedente", que es el empresario anterior, a un sujeto "cesionario", que es el empresario sucesor.

La Directiva 98/59 CE, de 29 de junio de 1.998, ha aclarado este concepto genérico de transmisión o traspaso de empresa, a través de una serie de precisiones sobre el significado de la normativa comunitaria en la materia. Esta aclaración se efectúa, según puntualiza el preámbulo de dicha disposición de la CE, "a la luz de la jurisprudencia" del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. La exposición de motivos de la propia Directiva 98/50 se encarga de señalar a continuación, que la aclaración efectuada "no supone una modificación del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE de acuerdo con la interpretación del Tribunal".

Una primera precisión sobre el concepto de transmisión o traspaso de empresa del artículo 1 de la Directiva se refiere a los actos de transmisión de empresa comprendidos en el ámbito de aplicación de la normativa de la Unión Europea, que pueden ser una "cesión contractual" o una "fusión" (art. 1.a.). Una segunda precisión versa sobre el objeto de la transmisión en dichos actos de transmisión o traspaso, que comprende en principio cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiendo por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria" (art.1.b). Una tercera precisión del concepto de transmisión de empresa en el Derecho de la Unión Europea, trata de las modalidades de su aplicación en las empresas y Administraciones Públicas (art. 1.c.) .

La normativa de la Unión Europea alude a "traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad" (artículo 1 . a) de la Directiva 2001/23/CEE, del Consejo de 12 de marzo de 2001), en tanto el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a "cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma", utilizándose en el apartado 2 de dicho artículo 44 la expresión "transmisión", procediendo a establecer en que supuestos se considera que existe sucesión de empresa de forma similar a la regulación contenida en el artículo 1 b) de la Directiva. En efecto, a tenor del precepto, se considera que existe sucesión de empresa, cuando la transmisión 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, ya fuere esencial o accesoria (art. 1 b de la Directiva) .

El elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos ahora examinados, consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 1986, Spijkens, 24/85; de 11 de marzo de 1997, Sützen, C-13/95 ; de 20 de noviembre de 2003, Abler y otros, -340/01 y de 15 de diciembre de 2005, Guney-Gorres, C.232/04 y 233/04). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (sentencia de 19 de septiembre de 1996, Rygaard, C-4888/94), infringiéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Sützen y Abler y otros, antes citadas).

Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las



cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los 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 de 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 (asunto Sützen antes citado).

Se ha planteado la cuestión de si el concepto de transmisión de empresa comprende los supuestos en que una empresa titular de un servicio público asume la gestión directa de dicho servicio, recurriendo a su propio personal para realizarlo, sin hacerse cargo del personal del contratista, al que anteriormente había encomendado la gestión, siendo los medios materiales utilizados, que siempre han sido propiedad de la empresa principal que obligaba a la contratista a utilizarlos, esenciales para la realización del servicio.

Tal cuestión ha sido resuelta por la STJUE de 26 de noviembre de 2014, C-509/2014, asunto Aira Pascual. El Tribunal consideró aplicable la Directiva en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que una empresa pública -ADIF-, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal.

El TJUE concluye que procede la aplicación de la Directiva cuando, en un supuesto de reversión de contrata, la reasunción de la actividad por parte de la Administración vaya acompañada de la transmisión de los elementos necesarios para desarrollar la actividad, entendidos tales elementos en un sentido amplio, de manera que incluya los activos materiales, inmateriales, la clientela, la analogía o similitud de la actividad desarrollada. Además, la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva.

2.- Una segunda cuestión se plantea respecto a si el concepto de "transmisión de un conjunto de medios organizados", necesarios para llevar a cabo su actividad, requiere que haya transmisión de la propiedad del cedente al cesionario, o no es necesario que el cesionario adquiera la propiedad de tales elementos para que exista sucesión empresarial.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado de forma reiterada en las sentencias de 17 de diciembre de 1987, My Molle Kiro, 287/86, 12 de noviembre de 1992, 1992/84, Watrson Risk y Christensen 209/91, y 20 de noviembre de 2003 Abler y otros, C-340/01, señalando que el ámbito de aplicación de la Directiva abarca todos los supuestos de un cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales concluyendo, la última de las sentencias citadas:

"la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueron puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 77/187.

Por su parte esta Sala, en la sentencia de 11-12-02, rec. 764/02, entendió que en un supuesto en que se cedió por una empresa a otra un local, con entrada desde el patio central del colegio, dentro del cual estaba ubicada una cocina industrial completamente equipada y apta para elaborar comidas, una nevera industrial etc... además de útiles de limpieza, un local anexo destinado a office y otro destinado a almacén, estando formado el local principal por un comedor escolar y dos servicios, es claro que lo cedido fue una unidad productiva autónoma, sin que represente obstáculo alguno que el título sea un contrato de arrendamiento, pues para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes de la empresa, sino poseer la titularidad del negocio, constituyendo la cesión de bienes, antes relacionados, un negocio cuya titularidad se cede, en palabras del Estatuto y de la Directiva una entidad económica con propia identidad. En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia de 12 de diciembre de 2007, recurso 3994/06.

3.- La tercera cuestión se plantea respecto a si es o no exigible una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario, para apreciar la existencia de sucesión de empresa en los términos examinados. Tal como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia Sützen anteriormente citada, la inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario no puede revestir una importancia decisiva a este respecto, a pesar de que puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión



en el sentido de la Directiva. También puede producirse la cesión en dos etapas, a través de un tercero, como el propietario o el arrendador (sentencia de 7 de marzo de 1996 Mercks y Neuhyus, asuntos acumulados C-171/94 y C72/94). Tampoco excluye la aplicación de la Directiva la circunstancia de que el servicio o contrata de que se trate haya sido concedido o adjudicado por un organismo de Derecho público (sentencia de 15 de octubre de 1996, Merke, 298/94).

A la vista de todo lo anteriormente expuesto se ha de concluir que para determinar si ha existido o no sucesión de empresa, no es determinante si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, sino si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad.

4.- La sentencia de esta Sala de 28 de abril de 2009, recurso 4614/2007 ha examinado el supuesto en el que la empresa Ge Healthcare Bio Sciences SA ha venido siendo la adjudicataria de la concesión por cuatro años de la contratación mixta del suministro de radiofármacos y servicio de gestión de residuos radioactivos de hospitales del SAS, poniendo dicha entidad a disposición de la concesionaria, durante el tiempo de vigencia del contrato, las unidades de radiofarmacia de los hospitales en condiciones para que el adjudicatario instale el instrumental necesario para la ejecución del contrato, material que ha de pasar a propiedad del SAS a la extinción del contrato. La sentencia razona: "Tales datos revelan que se dan los elementos requeridos para apreciar la existencia de sucesión de empresa, pues la unidad productiva que se transmite -suministro de radiofármacos y servicios de gestión de residuos radioactivos de los hospitales del SAS - constituye una entidad económica que mantiene su identidad como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya que continua la misma actividad que venía desarrollando la anterior, en los mismos locales, con los instrumentos correspondientes para la prestación del objeto del concurso y con el stock de fármacos adquiridos a la anterior adjudicataria, Ge Healthcare Sciences S.A., siendo irrelevante, por las razones antes expuestas, que tanto los locales como los instrumentos correspondientes sean propiedad del SAS -estos últimos por la cláusula prevista para el supuesto de extinción del contrato con Ge Healthcare Bio Sciences S.A.- y que no exista vinculación contractual directa entre cedente y cesionario. A mayor abundamiento hay que señalar que la nueva adjudicataria comienza a desarrollar su actividad al día siguiente de expirar el contrato de la anterior, es decir, que sin solución de continuidad presta los mismos servicios en las mismas instalaciones, con el mismo equipamiento e instrumentación que la anterior".

QUINTO.- A la vista de lo anteriormente expuesto y razonado se ha de concluir que se ha producido una sucesión de empresa entre las dos empresas a las que el Ministerio de Defensa adjudicó el Servicio de Gestión de los centros de Educación Infantil.

En efecto nos encontramos con que la actividad de gestión de los centros de Educación Infantil fue adjudicada por el Ministerio de Defensa a la empresa Ana Naya SL, que lo llevó a cabo con su propio personal. Expirada la contrata el servicio fue adjudicado a la empresa Kidsco Balance SL, que continuó realizando la misma actividad, sin hacerse cargo de los trabajadores que la anterior adjudicataria empleaba para la realización del servicio. La actividad que se desarrolla es la de gestión integral de los centros de educación infantil titularidad del Ministerio de Defensa que comprende, tanto la atención y educación de los menores inscritos en las guarderías, como la gestión económico-administrativa y el servicio de comedor.

Para llevar a cabo tal actividad se requieren instalaciones, equipamiento y mobiliario. Dichos elementos son, propiedad del Ministerio de Defensa y los pone a disposición de la adjudicataria del servicio, poniéndolos primero a disposición de la empresa Ana Naya SL y cuando finalizó la contrata y el servicio se adjudicó a Kidsco Balance SL, los puso a disposición de esta empresa.

Si bien la mano de obra es un elemento esencial para la realización del servicio contratado, hay que poner de relieve que la actividad encomendada no descansa esencialmente en el elemento personal o actividad de los trabajadores, sino que para llevarlo a cabo es imprescindible la existencia de elementos materiales, como son las instalaciones, mobiliario, equipamiento...que son aportados por el Ministerio de Defensa.

Concurren los elementos exigidos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores para que se produzca la sucesión de empresa. A saber, ha existido un cambio de titularidad de un centro de trabajo -los Servicios de Gestión de los centros de Educación Infantil que habían sido adjudicados a la empresa Ana Naya SL pasan a ser adjudicados a la empresa Kidsco Balance SL- que continúa desarrollando exactamente la misma actividad. Los servicios se realizan en las mismas instalaciones y con el mismo material y equipamiento con el que se habían venido realizando con anterioridad. Ha existido una transmisión de medios patrimoniales para llevar a cabo dicha actividad, consistente en las instalaciones, equipamiento y mobiliario necesarios para tal fin, siendo irrelevante, por las razones anteriormente expuestas que dichos medios no sean titularidad de la



anterior concesionaria -empresa Ana Naya SL- sino del Ministerio de Defensa, ya que lo relevante es que exista una transmisión de bienes patrimoniales que afecte a una entidad económica que mantenga su identidad.

Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil Kidsco Balance SL-

SEXTO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste, invocada por la recurrente, la Letrada Doña Carmen Castellano Caraballo, en representación de DOÑA Salome , DOÑA Piedad , DOÑA Debora , DOÑA Flora , DOÑA Lucía y DOÑA Bárbara , para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 10 de mayo de 2013, recurso 1010/2012 , estimó el recurso de suplicación interpuesto por la representación del actor contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de Madrid, de fecha 19 de octubre de 2012 , autos 692/2012, seguidos contra Antena 3 de Televisión y, con revocación de la sentencia recurrida, declaró la nulidad del despido, condenando a la demandada a la inmediata readmisión del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido.

Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor ha prestado servicios a la demandada desde el 3 de mayo de 1994, con la categoría profesional de productor. El 9 de diciembre de 2010 presentó demanda, en reclamación de derecho y cantidad. El 28 de junio de 2012 presentó demanda en reclamación de diferencias salariales. El 14 de marzo de 2012 se constituyó la empresa Antena 3 Noticias SL. La dirección de l,a empresa negoció individualmente con los trabajadores su baja voluntaria en Antena 3 de Televisión SA y su alta en Antena 3 Noticias SL. Todos los trabajadores de Antena 3 de Televisión SA, excepto cuatro, entre los que se encontraba el actor, causaron baja voluntaria en dicha empresa el día 30 de abril de 2012 y alta al día siguiente en Antena 3 Noticias SL. El actor, junto con otras dos personas entregó un escrito a la empresa el 24 de abril de 2012, en el que planteaba una serie de condiciones imprescindibles para pasar a la nueva sociedad. De los cuatro trabajadores que no firmaron la baja voluntaria, dos han sido recolocados y los otros dos, entre ellos el actor han sido despedidos por causas objetivas.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento: «Existen suficientes indicios de violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, y consecuentemente se ha invertido la carga de la prueba, para así exigir, como era constitucionalmente obligado, la justificación de que concurría una causa real, suficiente y proporcionada, que enervase de manera de concluyente el panorama indiciario acerca de que el auténtico motivo del despido no era una causa objetiva, y ante la ausencia de una explicación objetiva y razonable por la demandada de que su actuación era absolutamente ajena a la conculcación de un derecho fundamental, se impone colegir estamos ante una decisión subjetiva e interesada de la empresa de despedirle por haber ejercitado su derecho a oponerse a la transferencia ilícita a una nueva empresa, con pérdida y renuncia de derechos, aparte de acreditarse el haber entablado una reclamación contra la empleadora comunicada a su superior jerárquico. Además, el relato fáctico, más si cabe con las modificaciones introducidas, evidencia una conducta individual del demandante de interposición de demandas contra la empresa y de oposición a la firma de lo que considera un fraude legal consistente en firmar la baja voluntaria y un nuevo contrato para conseguir el resultado ilícito consistente en que se dejara de aplicar el convenio de Antena 3 de Televisión, para aplicar otro distinto, y una conexión causal de la medida empresarial inseparable del ejercicio del derecho de referencia, así como la existencia de un perjuicio laboral para quien ejercitó este derecho, efectivo y constatable, aun cuando la empresa no tuviera intencionalidad o móvil en cuanto a la represalia o castigo.»

3.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012) , 22/07/2013 (R. 2987/2012) , 25/07/2013 (R. 3301/2012) , 16/09/2013 (R. 302/2012) , 15/10/2013 (R. 3012/2012) , 23/12/2013 (R. 993/2013) , 29/04/2014 (R. 609/2013) y 17/06/2014 (R. 2098/2013).



Entre las sentencias comparadas no concurre el requisito de la contradicción ya que los hechos de los que parten cada una de ellas son diferentes.

Así en la sentencia recurrida consta que los actores se niegan a firmar la baja voluntaria en la empresa Ana Naya SL, sin que conste ninguna demanda o reclamación contra la empresa. En la sentencia de contraste el actor se niega a firmar la baja voluntaria en la empresa Antena 3 de Televisión SA, y además ha presentado dos demandas contra la empresa y un escrito en el que fija una serie de condiciones imprescindibles para pasar a la nueva sociedad Antena 3 Noticias SL.

En la sentencia recurrida consta acreditado que la empresa Ana Naya SL extingue el contrato de todas sus trabajadoras que estaban adscritas al servicio de Gestión de los centros de Educación Infantil, adjudicado por el Ministerio de Defensa, por haber finalizado dicha adjudicación y haber sido concedida a otra empresa, a kidsco Balance SL, en tanto en la sentencia de contraste 232 trabajadores pasan a la nueva Sociedad y se despide por causas objetivas a dos, entre ellos al actor, que no firmaron la baja voluntaria en la primitiva empresa.

Al ser diferentes los hechos de cada una de las sentencias comparadas, aunque han llegado a resultados diferentes no son contradictorias.

Al no concurrir el requisito de la contradicción entre las sentencias comparadas, el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la Letrada Doña Carmen Castellano Caraballo, en representación de DOÑA Salome , DOÑA Piedad , DOÑA Debora , DOÑA Flora , DOÑA Lucía y DOÑA Bárbara , ha de ser desestimado.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D José Manuel Sánchez-Cervera Valdés, en representación de KIDSCO BALANCE SL, y por la Letrada Doña Carmen Castellano Caraballo, en representación de DOÑA Salome , DOÑA Piedad , DOÑA Debora , DOÑA Flora , DOÑA Lucía y DOÑA Bárbara , frente a la sentencia dictada el 8 de enero de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso de suplicación número 907/2015 , interpuesto por la Procuradora Doña Elena Gutiérrez Cabrera, en representación de Ana Naya SL, y el interpuesto por la Letrada Doña Carmen Castellano Caraballo, en representación de DOÑA Salome , DOÑA Piedad , DOÑA Debora , DOÑA Flora , DOÑA Lucía y DOÑA Bárbara , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 7 de Las Palmas, de fecha 26 de marzo de 2015 , autos número 725/2014, seguidos contra ANA NAYA GARCÍA SL, KIDSCO BALANCE SL, MINISTERIO DE DEFENSA, ARRASTI BARCA MA Y MA CVC Y FOGASA sobre DESPIDO, confirmando la sentencia impugnada.

Se condena en costas al recurrente KIDSCO BALANCE SL, incluyendo en las mismas la minuta de honorarios del Letrado de la recurrida que impugnó el recurso, con el límite cuantitativo legalmente establecido.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal .

Se acuerda el mantenimiento del aval prestado hasta que la recurrente de cumplimiento a la condena o hasta que se acuerde la realización del aval.

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

Así se acuerda y firma.