



Roj: **STS 1156/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1156**

Id Cendoj: **28079140012019100187**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/03/2019**

Nº de Recurso: **1825/2017**

Nº de Resolución: **190/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 3450/2017,**
STS 1156/2019

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1825/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 190/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Fernando Salinas Molina

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D^a. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 7 de marzo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Elirros Learning SL representada y asistida por el letrado D. Manuel Aguilar Romero contra la sentencia dictada el 23 de febrero de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en recurso de suplicación nº 933/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de octubre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Huelva, en autos nº 964/2013, seguidos a instancias de D^a. Luz contra Asisttel Servicios Asistenciales SA, Elirros Learning SL sobre despido.

Ha comparecido como parte recurrida Asisttel Servicios Asistenciales SA representada y asistida por el letrado D. José Antonio Sánchez Rodríguez y D^a. Luz representada y asistida por el letrado D. Juan Francisco Moreno Domínguez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de octubre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 2 de Huelva dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:



"I.- Asisttel y el Ayuntamiento de San Juan del Puerto suscribieron el 16.02.09 contrato administrativo de gestión del servicio público urgente y abierto mediante la concesión del servicio de atención socioeducativa y la prestación de los servicios de ludoteca en la escuela infantil " Gloria Fuertes" de San Juan del Puerto, según Pliego de cláusulas administrativas y Prescripciones Técnicas que que habrían de regir el contrato administrativo cuyo objeto lo constituía la gestión del servicio de guardería municipal, comprendiendo los servicios de atención socioeducativa y prestación del servicio de comedor y ludoteca en la Escuela Infantil Municipal "Gloria Fuertes " de San Juan del Puerto, destinado a niños y niñas de edades comprendidas entre las 16 semanas y tres años (Primer ciclo de Educación Infantil). Según la cláusula 15ª del Pliego de cláusulas administrativas y Prescripciones Técnicas el contratista debía "Dotar al centro del equipamiento necesario para su funcionamiento. Dicho equipamiento será nuevo a estrenar como mínimo conforme al Anexo I que se adjunta al presente Pliego. Una vez finalizado el período de concesión el día 31 de agosto de 2011 dicho material será propiedad del Ayuntamiento. El equipamiento será adquirido por el concesionario, no excediendo el gasto del importe del canon mínimo establecido para ese período".Las facturas a los folios 514 y s se dan por reproducidas.

II .- Elirros Learning SL se constituyó ante el Notario de Huelva D Miguel Ferre Moltó el 08.08.11 mediante Escritura Pública (por reproducida, folios 108 y ss). Constituye su objeto social la gestión del servicio de guardería municipal comprendiendo los servicios de atención socioeducativa y prestación de servicio de comedor y ludoteca destinado a niños y niñas de edades comprendidas entre las 16 semanas y los 3 años (primer ciclo de educación infantil).

III .- Dª Luz , mayor de edad, con DNI NUM000 , ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la entidad Asisttel (con CIF A 41626631 y dedicada a la actividad de enseñanza infantil), como educadora infantil, desde 30.03.09, salario diario de 36,95 euros, incluida partes proporcionales de pagas extras, jornada a tiempo completo y centro de trabajo en el centro de educación infantil Gloria Fuertes de San Juan del Puerto, Huelva.

IV .- La prestación de servicios se ha llevado a cabo al amparo de los contratos de trabajo que seguidamente se dirán y durante los intervalos de tiempo que se detallan a continuación, según los contratos laborales (a los folios 89 y ss) y el informe de vida laboral de la empresa y de la trabajadora que damos por reproducidos: 1.- Contrato de duración determinada, modalidad obra o servicio determinado de fecha 30.03.09 cuyo objeto era "prestación de servicio determinado de técnico de educación infantil vinculado a la concesión firmada John el Ayuntamiento de San Juan del Puerto para la explotación de la guardería municipal durante el curso 08/09" con duración desde el 30.03.09 a fin de curso. Expiró el 31.07.09. 2.- Contrato de duración determinada, modalidad obra o servicio determinado de fecha 01.09.09 cuyo objeto era "atender las necesidades derivadas de la firma con el Ayuntamiento de San Juan del Puerto de la adjudicación del contrato de concesión del servicio de guardería municipal infantil y hasta la finalización del curso el curso 2009/2010" con duración desde el 01.09.09 a fin de curso. Expiró el 30.07.10. 3.- Contrato de duración determinada, modalidad obra o servicio determinado de fecha 01.09.10 cuyo objeto era "prestación de servicio determinado de educadora infantil vinculado a la concesión firmada con el Ayuntamiento de San Juan del Puerto de explotación de escuela infantil y hasta la finalización del curso el curso 2010/2011" con duración desde el 01.09.10 a fin de curso. Expiró el 29.07.11. 4.- Contrato de duración determinada, modalidad obra o servicio determinado de fecha 01.09.11 cuyo objeto era "atender las necesidades derivadas de la firma con el Ayuntamiento de San Juan del Puerto de la adjudicación de contrato de concesión de servicio de escuela infantil y hasta la finalización del curso 2011/12" con duración desde el 01.09.11 a fin de curso. Expiró el 31.07.12. 5.- Contrato de duración determinada, modalidad obra o servicio determinado de fecha 03.09.12 cuyo objeto era "prestación de servicio determinado de educadora infantil vinculado a la concesión firmada con el Ayuntamiento de San Juan del Puerto de explotación de escuela infantil y hasta la finalización del curso el curso 2012/2013(...)" con duración desde el 03.09.12 a fin de curso.

V .- El 10.07.13 la demandante recibió comunicación escrita de Asisttel en la que se le informaba de lo siguiente: "Estimada Señora: En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y 26 del XI Convenio Colectivo de Ámbito Estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil, mediante el presente escrito, le comunicamos que a partir del próximo día 1 de septiembre de 2013, se hará cargo de la gestión del servicio de la Escuela Infantil Municipal "Gloria Fuertes" de San Juan del Puerto, la empresa ELIRROS LEARNING S.L., al serle adjudicada la gestión del servicio por el Excelentísimo Ayuntamiento de San Juan del Puerto, tras el vencimiento del contrato suscrito con Asisttel. Dicha Entidad se subrogará en la relación laboral que usted mantiene con la empresa Asisttel Servicios Asistenciales, S. A., conservando las actuales condiciones de trabajo, categoría, antigüedad, etc..., ya que el objeto de la concesión es la prestación del servicio en la Escuela Infantil Gloria Fuertes de ese municipio. La documentación necesaria para proceder a la subrogación del personal (apellidos y nombre, DNI, domicilio, número de la seguridad social, tipo de contrato, antigüedad, jornada, horario, fecha de disfrute de vacaciones, fotocopias nóminas, TC1 y TC2... etc) se ha



entregado en la empresa ELIRROS LEARNING S.L., y en el Excmo. Ayuntamiento de San Juan del Puerto el día de hoy, una vez comunicada la adjudicación definitiva del servicio a la nueva entidad".

VI.- El 10.07.13 el Ayuntamiento de San Juan del Puerto y Elirros Learning SL suscribieron contrato administrativo de gestión del servicio público abierto mediante la concesión del servicio de atención socioeducativa y la prestación de los servicios de ludoteca en la escuela infantil "Gloria Fuertes" de San Juan del Puerto, según Pliego de Cláusulas Administrativas y Prescripciones Técnicas (folios 124 y ss, por reproducidos) cuyo objeto lo constituía la gestión del servicio de guardería municipal, comprendiendo los servicios de atención socioeducativa y prestación del servicio de comedor y ludoteca en la Escuela Infantil Municipal "Gloria Fuertes" de San Juan del Puerto, destinado a niños y niñas de edades comprendidas entre las 16 semanas y tres años (Primer ciclo de Educación Infantil). Según la cláusula 15ª del Pliego de cláusulas administrativas y Prescripciones Técnicas el contratista debía "Conservar y reponer en su caso el mobiliario requerido para el servicio que se presta en la escuela infantil. El actual mobiliario existente se pondrá a disposición de la empresa adjudicataria, corriendo por cuenta de ésta los gastos originados por la reposición y sustitución del mismo en los sucesivos años". La duración del citado contrato iba desde el 31.08.13 al 31.08.23, prorrogable por dos años más. Las facturas a los folios 177 y ss se dan por reproducidas.

VII.- El 01.08.13 Asisttel hizo entrega al Ayuntamiento de San Juan del Puerto de un inventario de la escuela infantil Gloria Fuertes (folios 505 y ss por reproducidos) y de la llaves de entrada, de la cancela, del ascensor y de la salida de emergencia del citado establecimiento.

VIII.- Elirros Learning SL contrató a Dª Adelina, Dª Amparo, Dª Ángela, Dª Antonieta, Dª Ascension, Dª Beatriz, Dª Belinda y Dª Camila a primeros de septiembre de 2013, abriendo las puertas de la guardería Gloria Fuerte de San Juan del Puerto el 02.09.13 y con el personal citado como plantilla.

IX.- La trabajadora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al cese la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

X.- La actora se ha encontrado de permiso por maternidad desde el 15.05.13 al 03.09.13.

XI.- El 06.09.13 se interpuso papeleta de conciliación ante el Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación que tuvo lugar el 25.09.13 celebrado sin avenencia. La demanda que encabeza los autos se presentó al Decanato el día 08.09.13".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Dª Luz frente a Elirros Learning SL y Asisttel Servicios Asistenciales SA, promotora de los autos 964/13, declaro improcedente el despido de la actora, con efectos de 31.08.13, condenando a Elirros Learning SL a que opte entre, por un lado, la readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo más abono de los salarios de tramitación desde el 31.08.13 hasta la notificación de esta sentencia a razón de 36'95 euros diarios o, de otro lado, le indemnice en la suma de SEIS MIL SETECIENTOS QUINCE CON SESENTA Y SEIS euros (6.715,66 euros) sin devengo de salarios de tramitación. Dicha opción deberá ejercitarse por escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, sin esperar a su firmeza, entendiéndose que se opta por la readmisión en caso de no verificarse aquella. Se absuelve a Asisttel SA Servicios Asistenciales SA de las peticiones en su conta formuladas."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Elirros Learning SL ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 23 de febrero de 2017, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por ELIRROS LEARNING, S.L., y estimamos en cambio el recurso de suplicación formulado por Luz contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Huelva en fecha 29 de octubre de 2014, en virtud de demanda presentada por Luz contra ELIRROS LEARNIGN, S.L. y ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.L. sobre Despido; y revocamos parcialmente la sentencia recurrida declarando que el hecho de no haberse subrogado, como empleadora de la actora, la nueva adjudicataria del servicio de atención socioeducativa y prestación del servicio de comedor y ludoteca en la Escuela Infantil Municipal "Gloria Fuerte" de San Juan del Puerto, ELIRROS LEARNIGN, S.L., constituye despido nulo, condenando a la referida demandada a que readmita a la trabajadora citada en el mismo puesto de trabajo y condiciones que regían antes de producirse el despido y asimismo a que le abone los salarios dejados de percibir --a razón del salario diario declarado probado de 36,95 euros-- desde que finalizó la suspensión de su contrato de trabajo por maternidad (el 3/09/2013) y hasta la fecha en que tenga lugar su efectiva readmisión. Condenamos a la empresa recurrente al pago de las costas del recurso por ella formulado, en las que sólo se comprenden -por no constar la reclamación de otros gastos necesarios- los honorarios de los Letrados de la trabajadora y de la empresa codemandada recurridas, por las impugnaciones del recurso, en cuantía de seiscientos euros (600 €) más IVA, para cada uno de ellos, que, en caso de no satisfacerse voluntariamente, podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por



ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el artículo 237.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social .".

TERCERO.- Por la representación de Elirros Learning SL se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en fecha 24 de noviembre de 2011 (RS 2087/2011).

CUARTO.- Con fecha 26 de octubre de 2017 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar que procede la estimación del recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon concluidos los autos, señalándose para votación y fallo el día 7 de marzo de 2019, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión planteada en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si ha existido sucesión de empresa en un supuesto de adjudicación de una concesión administrativa (servicios de guardería, comedor y ludoteca) por un Ayuntamiento que cede al nuevo concesionario las instalaciones y los bienes materiales necesarios para el funcionamiento del servicio que le adjudica.

2. La sentencia recurrida contempla el caso de la concesión por un Ayuntamiento del servicio de guardería, comedor y ludoteca de determinada escuela infantil a una concesionaria (Asisttel) que recibía las instalaciones y se comprometía a adquirir el equipamiento necesario nuevo, equipamiento que pasaría a ser del Ayuntamiento cuando finalizase la concesión. Pasados dos años, la concesión se renovó y el servicio se adjudicó a Elirros Learning SL quien se hizo cargo de las mismas instalaciones y equipamiento de la misma escuela infantil comprometiéndose a la conservación, reposición y sustitución del mobiliario existente, previo inventario. La nueva concesionaria dió empleo en la escuela-guardería a ocho trabajadoras, pero se negó a emplear en ella a la actora quien había prestado sus servicios a la anterior y trató de reincorporarse tras una baja por maternidad en ese centro aduciendo que ni la Ley, ni el convenio colectivo la obligaban a subrogarse en el contrato de ella. Contra esa decisión se presentó por la trabajadora demanda por que fue estimada por la sentencia de instancia que confirma la sentencia de suplicación aquí recurrida, al entender que ha existido sucesión de empresa porque no se había transmitido, simplemente, la gestión del servicio, sino que, además se habían facilitado a la nueva concesionaria las instalaciones y equipamientos necesarios para llevarlo a cabo, medios materiales que debía conservar y reponer. Simultáneamente la sentencia recurrida, ha declarado la nulidad del despido con base en el art. 55-5 del ET .

3. Como sentencia de contraste, a fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso, conforme al artículo 219 de la LJS, se cita como sentencia contrapuesta la dictada por el TSJ de Madrid el 24 de noviembre de 2011 (RS 2087/2011). Se contempla en ella, también, el caso de una concesión de prestación de servicios educativos en una Escuela Infantil dependiente de la Comunidad de Madrid, con cesión a la adjudicataria de instalaciones, mobiliario y demás bienes inventariados necesarios para el desempeño de la actividad, incluso menaje de comedor. En este caso la nueva concesionaria contrató a dos de los trece empleados de la anterior, lo que motivó que una trabajadora de las no contratadas formulase demanda por despido que fue estimada por la sentencia de instancia, pero este pronunciamiento fue revocado en suplicación por la sentencia de contraste. Los argumentos que fundaron esta decisión se concretan en que ni en el concurso, ni en el pliego de condiciones se exigía a la nueva concesionaria hacerse cargo del personal de la anterior, obligación que tampoco le imponía el XI Convenio Colectivo Estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil, sin que la mera cesión de la actividad la obligase a ello por no ir acompañada de la cesión de los elementos patrimoniales para el desempeño de la actividad de seguían siendo de la Comunidad de Madrid.

4. Las sentencias comparadas son contradictorias en los términos requeridos por el art. 219 de la LJS, por cuanto en supuestos sustancialmente iguales han dictado pronunciamientos distintos. En efecto, en ambos casos se adjudicó por una entidad pública una concesión para la prestación de servicios educativos y otros complementarios en una escuela infantil, cuyas instalaciones y demás medios materiales necesarios para el desarrollo de la actividad eran de la entidad pública que cedía la explotación del servicio y las recuperaba al finalizar la concesión. En los dos casos se controvertió si existía sucesión de empresa y la nueva concesionaria debía hacerse cargo de la anterior y, pese a la similitud existente, han recaído resoluciones dispares: la sentencia recurrida ha estimado que si existía sucesión de empresa y deber de subrogarse la nueva adjudicataria en el personal laboral de la anterior, mientras que la de contraste ha resuelto lo contrario. Procede, por tanto, entrar a resolver el fondo del asunto y a unificar la disparidad doctrinal existente. Así lo ha



resuelto ya esta Sala en sus sentencias de 9 y 29 de mayo de 2018 (Rec. 3537/2016 y 4050/2016)y en la de 28 de junio de 2018 (R. 1379/2017) dictadas en supuestos como el presente en los que se alegó la misma sentencia de contraste.

SEGUNDO.- 1. Por la entidad recurrente se alega la indebida aplicación del artículo 44 del ET porque ni el pliego de condiciones, ni el contrato suscrito, ni el convenio colectivo obligaban a la recurrente a hacerse cargo del personal laboral ocupado en la concesión administrativa por la concesionaria anterior, sin que sea de aplicar el citado art. 44 porque no medió ningún negocio jurídico de transmisión de una entidad organizada, ni transmisión de elementos patrimoniales de ningún tipo, entre ella y la entidad con la que contrató la prestación del servicio.

2. Como hemos resuelto ya en nuestras sentencias de 9 , 29 de mayo y 28 de junio de 2018 , antes citadas, que recayeron en supuestos idénticos al de autos, la doctrina correcta se contiene en la sentencia recurrida por las razones que resume nuestra sentencia de 29 de mayo pasado que son:

"1) Si bien la mano de obra es un elemento esencial para la realización del servicio contratado, éste 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 Ayuntamiento.

2) Concurren los elementos exigidos en el art. 44 ET para que se produzca la sucesión de empresa. No se ha transmitido simplemente una actividad, pues no sólo se ha adjudicado la gestión del servicio de atención socio-educativa y la prestación de los servicios de comedor y ludoteca a cambio de un precio, sino que esa concesión temporal, ha ido acompañada de la cesión de los medios patrimoniales necesarios para su ejecución, consistentes en las instalaciones, mobiliario y demás equipamiento necesario a tal fin, quedando obligada la nueva concesionaria a pagar su conservación, reposición y sustitución, así como a devolverlos en buen uso, conforme a los inventarios realizados.

3) Carece de trascendencia que tales medios no sean titularidad de la anterior concesionaria, ya que lo relevante es que exista una transmisión de bienes patrimoniales que afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, como sucede en el caso pues la nueva adjudicataria continúa desarrollando idéntica actividad con los mismos medios materiales, puestos a su disposición por el Ayuntamiento, sin que por lo demás, se deba olvidar que esa unidad productiva autónoma - la escuela infantil -, estaba en funcionamiento y contaba con los alumnos receptores de los servicios contratados.

4) Por consiguiente, la nueva adjudicataria debió subrogarse en los contratos de los empleados que tenía la anterior concesionaria".

3. La aplicación de la anterior doctrina al caso que nos ocupa obliga conforme informó el Ministerio Fiscal a desestimar el recurso porque ha existido sucesión de empresa en los términos requeridos por el artículo 44, números 1 y 2, del ET , pues, aunque no haya existido negocio alguno entre el anterior y el nuevo concesionario, ha existido una transmisión de una unidad productiva autónoma, una escuela infantil concreta, que ha sido cedida para su explotación a cambio de un precio a la recurrente, quien, consecuentemente, debió subrogarse en los contratos de los empleados que tenía la anterior concesionaria, sin que sean de recibo las alegaciones relativas a que el pliego de condiciones de la adjudicación no imponía la subrogación en el personal laboral de la anterior concesionaria, ni tampoco el convenio colectivo, por cuanto, la subrogación la impone el artículo 44 del ET por haber existido una sucesión en la prestación de servicios en que consiste la concesión administrativa que nos ocupa y cuya adjudicación supone ceder al adjudicatario la misma. Tampoco pueden estimarse las alegaciones relativas a que simplemente se ha transmitido una actividad, pero no una unidad productiva autónoma, porque los hechos probados las desvirtúan ya que, no sólo se ha concedido la prestación del servicio a cambio de un precio, sino que esa concesión, temporal, ha ido acompañada de la cesión de los medios materiales necesarios para su prestación, instalaciones, muebles y demás equipamiento necesario para prestar los servicios de guardería y comedor, elementos que, aunque siguen siendo del Ayuntamiento que externaliza y adjudica la prestación del servicio, puede utilizar la concesionaria que viene obligada a pagar su conservación, reposición y sustitución, así como a devolverlos en buen uso, conforme a los inventarios realizados, sin que, finalmente, se deba olvidar que esa unidad productiva, la escuela infantil, estaba en funcionamiento. Con imposición a la recurrente de las costas causadas y a la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

FALLO

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



1. Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de Elirros Learning SL contra la sentencia dictada el 23 de febrero de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en recurso de suplicación nº 933/2016 , interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de octubre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Huelva , en autos nº 964/2013.
2. Declarar la firmeza de la sentencia recurrida.
3. Condenar al recurrente al pago de las costas causadas y decretar la pérdida de los depósitos y en cuanto a las consignaciones constituidas para recurrir se les dará el destino legal.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ