



Roj: **STSJ GAL 8329/2015 - ECLI: ES:TSJGAL:2015:8329**

Id Cendoj: **15030340012015105663**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **30/10/2015**

Nº de Recurso: **3123/2015**

Nº de Resolución: **5924/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **ISABEL OLMOS PARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA**

PLAZA DE GALICIA

**Tfno:** 981184 845/959/939

**Fax:** 881881133 /981184853

**NIG:** 15036 44 4 2014 0001344

402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0003123 /2015 . BC**

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000650 /2014

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña** KIDSCO BALANCE SL

**ABOGADO/A:** JOSE MANUEL SANCHEZ-CERVERA VALDES

**PROCURADOR:** JUAN LAGE FERNANDEZ-CERVERA

**RECURRIDO/S D/ña:** ANA NAYA GARCIA SL, Guadalupe , Ramona , Africa , Encarna , Mariola , Violeta , Caridad

**ABOGADO/A:** MARIA ISABEL VILAR CARNEIRO, MARCELINO MARTINEZ VAZQUEZ

**PROCURADOR:** JOSE MARTIN GUIMARAENS MARTINEZ

**ILTMOS. SRS. MAGISTRADOS**

D. MANUEL DOMÍNGUEZ LÓPEZ

D<sup>a</sup>. MARÍA ANTONIA REY EIBE

D<sup>a</sup>. ISABEL OLMOS PARÉS

En A CORUÑA, a treinta de Octubre de dos mil quince.

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

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**



En el RECURSO SUPPLICACION 0003123 /2015, formalizado por el LETRADO D. JOSÉ M. SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, en nombre y representación de KIDSCO BALANCE SL, contra la sentencia número 439 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de FERROL en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000650/2014, seguidos a instancia de Guadalupe , Ramona , Africa , Encarna , Mariola , Violeta , Caridad frente a ANA NAYA GARCIA SL, KIDSCO BALANCE SL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª ISABEL OLMOS PARÉS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Guadalupe , Ramona , Africa , Encarna , Mariola , Violeta , Caridad presentó demanda contra ANA NAYA GARCIA SL, KIDSCO BALANCE SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 439 de fecha veinte de Noviembre de dos mil catorce .

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- Las actoras que seguidamente se concretarán prestaban sus servicios para la empresa ANA NAYA, en el centro de trabajo Escuela Infantil Grumete en Ferrol, dependiente del Ministerio de Defensa, con las siguientes circunstancias laborales relativas a antigüedad, categoría y salario mensual bruto prorrateado que a continuación se indica: - 1.- D. Guadalupe : 01-09-09, Titulada Superior Educadora Infantil, y 978,58 euros. - 2.- D. Ramona : 28-04-08, Educadora Infantil y 978,59 euros. - 3.- D. Africa : 21-01-08, Educadora Infantil y 978,59 euros. - 4.- D. Encarna : 17-02-05, Directora pedagógica y 1.512,68 euros. - 5.- D. Mariola : 09-01-03, Directora Pedagoga 1.512,68 euros. - 6.- D. Violeta : 03-01-05, Educadora Infantil y 901,33 euros. - 7.- D. Caridad : 03-09-07, Educadora Infantil y 978,59 euros. SEGUNDO.- La relación laboral entre las partes se inició en las fechas señaladas en el hecho anterior, mediante la formalización de los siguientes contratos de trabajo en el orden citado en dicho hecho: - 1.- Contrato en prácticas prorrogado hasta el 31-08-11 y formalización de contrato indefinido. - 2.- contratos de trabajo por obra en los siguientes periodos: 28-04-08 a 07-05-08; 14-05-08 a 26-05-08 y desde el 01-09-08 convertido en indefinido el 16-12-10. - 3. - contratos por obra o servicio en los siguientes periodos: 21-01-08 a 30-06-08; 01-09-08 convertido en indefinido el 24-10-10. - 4.- contrato eventual por circunstancias de la producción el 17-02-05 a 08-03-05; contrato por obra el 01-09-05 a 31-07-08 y nuevo contrato por obra el 01-09-08 convertido en indefinido el 16-12-10 - 5.- contrato en prácticas en el periodo 01-09-03 a 08- 01- 04; contrato por obra o servicio en los periodos 0901-04 a 31-07-04; 01-09-04 a 31-07-05; 01-09-05 a 3107-08 y desde el 01-09-08 convertido en indefinido el 16-10-10. - 6.- contratos por obra o servicio en los períodos 0301-05 a 31-07-05; 01-09-05 a 31-07-08 y desde el 01-0909, convertido en indefinido el 16-12-10. - 7.- contratos por obra en los periodos 03-09-07 a 3107-08 y desde el 01- 09-08, convertido en indefinido el 16-10-10. TERCERO.- La demandada ANA NAYA notificó a las actoras respectivas comunicaciones en fechas 16-06-14, 24-07-14 y 2208-14 comunicándolas la extinción de sus contratos de trabajo por causas objetivas, con efectos, aclarados en la segunda comunicación, de 31-08-14. El contenido de las tres cartas, al estar adjuntadas en los ramos de prueba de actoras y de esta empresa, se reproduce en este apartado por expresa remisión. Las actoras han percibido la cantidad en concepto de indemnización que figura concretada en la última de las comunicaciones citadas. CUARTO.- Con fecha 06-03-14 el Ministerio de Defensa publicó Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que habían de regir en el Acuerdo Marco de Servicios de Gestión de los Centros de Educación Infantil del Ministerio de Defensa mediante procedimiento abierto, así como el Pliego de Prescripciones Técnicas. Conforme a dicho Pliegos el centro de Ferrol se integraba en el Lote 1; los criterios de valoración se incluían en la Cláusula 10 del primero citado, ponderándose en un 600-1 los criterios de evaluación automática, integrados por el precio de la Cuota de Escolaridad, la aportación al mantenimiento y reposición de mobiliario y enseres; la aportación adicional de personal, precio unitario por ampliación de horario y de uniformidad. El plazo de ejecución se regula en la Cláusula 20, por dos años, contados a partir de 01-09-14. Respecto del personal laboral, regía la cláusula 26. El contenido de ambos pliegos, obrantes en autos, se tiene por reproducido en este apartado, resaltándose en todo caso el apartado 7 del segundo de los Pliegos, en el que se establece la plantilla mínima de los centros objeto de concurso, así como la Tabla del Lote 1, conforme a la cual en el centro de Ferrol se establecían 6 unidades docentes. QUINTO.- Las dos demandadas presentaron oferta en el concurso referenciado, habiendo obtenido mayor puntuación conforme a los criterios de evaluación automática la demandada KIDSCO. La puntuación por el proyecto educativo presentado y comedor de ambas empresas fue la misma. Finalmente, por resolución de 26-06-14 del Ministerio de Defensa se adjudicaron los lotes 1 y 2 a la empresa KIDSCO. Y con fecha 28-07-14 fue suscrito Acuerdo Marco entre el Ministerio de Defensa y esta empresa. SEXTO.- La demandada ANA NAYA tenía una plantilla en el centro de trabajo de Ferrol de 9 trabajadoras. Además, en otros centros de educación dependientes del Ministerio de Defensa, el total de trabajadores por cuenta de esta empresa eran salvo error u omisión, 71 (documento 5 y boletines de cotización del ramo de prueba de esta empresa). SEPTIMO.



- Entre ambas demandadas se mantuvieron comunicaciones telemáticas desde enero 2014, relativas al estudio de propuestas favorables a las dos partes a la vista del concurso referenciado. Desde junio 2014 las comunicaciones se centraron en los trabajadores de los centros objeto de cambio de adjudicataria de la empresa ANA NAYA, haciéndose referencia en los mismos al requisito de ser previa baja para procederse al traspaso de una empresa a otra (bloque documental 8 de la empresa ANA NAYA. En posteriores correos del mes de julio entre la empresa KIDSCO se hace referencia a los trabajadores del centro de Ferrol y su negativa a firmar baja voluntaria. También se hizo referencia en dicho correos por parte de KIDSCO al salario mensual fijado para cada categoría. OCTAVO.- Con fecha 31-07-14 una trabajadora de ANA NAYA del centro de Ferrol suscribió documento de baja voluntaria, siendo cursada en dichos términos a la Seguridad Social (documentos 6 y 7 de ANA NAYA). Esta trabajadora ha sido contratada por KIDSCO, suscribiendo contrato de trabajo de duración determinada por obra o servicio. Además esta empresa ha suscrito otros 8 contratos de igual naturaleza para prestación de servicios en el centro de Ferrol, en fecha 29-08-14. De los restantes 72 trabajadores de ANA NAYA en centros del Ministerio de Defensa también incluidos en el Lote 2 del concurso detallado anteriormente, KIDSCO ha contratado a otras 14 personas (interrogatorio de esta empresa). Todos los trabajadores de Ferrol recibieron oferta de trabajo de KIDSCO, aceptadas mediante burofax, recibido por KIDSCO (documento 6 de la prueba actora) y acudieron a la entrevista señalada (interrogatorio de KIDSCO). NOVENO.- La novena trabajadora de ANA NAYA del centro de Ferrol también ha sido objeto de despido objetivo (bajas en Tesorería giradas por ANA NAYA, en el documento 6 de su ramo de prueba). DECIMO.- Se agotó el trámite previo de conciliación.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO.- Estimo la demanda formulada por Dña. Guadalupe , Dña. Ramona , Dña. Africa , Dña. Encarna , Dña. Mariola , Dña. Violeta y Dña. Caridad frente a las empresas ANA NAYA GARCIA, S.L., y KIDSCO BALANCE, S.L., y declaro la nulidad de los despidos de que fueron objeto las actoras que seguidamente se concretarán por parte de KIDSCO, por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, condenando a dicha demandada a estar y pasar por esta declaración así como a readmitir a las trabajadoras en sus mismos puestos de trabajo con abono de los salarios de tramitación desde el 01-09-14, a razón de la cantidad diaria bruta prorrateada que seguidamente se expresa para cada una de ellas: 1.- D<sup>a</sup>. Guadalupe : 32,62 euros. - 2.- D<sup>a</sup>. Ramona : 32,62 euros. - 3.- D<sup>a</sup>. Africa : 32,62 euros. - 4.- D<sup>a</sup>. Encarna : 50,42 euros. - 5.- D<sup>a</sup>. Mariola : 50,42 euros. - 6.- D<sup>a</sup>. Violeta : 30,04 euros. - 7.- D<sup>a</sup>. Caridad : 32,62 euros. Absuelvo de la demanda a ANA NAYA GARCIA, S.L.

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandado, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La sentencia de instancia, después de estimar la demanda, declaró nulo el despido de las demandantes, condenando a la empresa KIDSCO BALANCE SL a readmitir a la mismas en las mismas condiciones y en el mismo puesto de trabajo de antes del despido con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia de instancia. La nulidad del despido que la sentencia declara lo es, por cuanto la sentencia recurrida concluye que se produjo vulneración de derechos fundamentales, concretamente de la tutela judicial efectiva y de la garantía de indemnidad.

Contra la referida sentencia, recurre el letrado de la empresa condenada, en base a siete motivos de suplicación, planteando también una cuestión previa aportando con ella sentencias de juzgados de instancia recaídas sobre asuntos similares. El recurso ha sido impugnado de contrario por la representación letrada de las trabajadoras y por la empresa codemandada. No procede la unión de las citadas sentencias, por no ser relevantes para el presente litigio, aun tratándose de asuntos similares. En cuanto a la cuestión previa, no es sino alegación de la parte, que deben ser subsumidas en alguno de los motivos de suplicación, sim que a la parte le corresponda dar instrucciones a la Sala del modo y el orden en que la Sala debe resolver el recurso planteado.

Tampoco procede acceder a la unión de los documentos aportado por las trabajadoras en su escrito de impugnación al no tratarse de documentos relevantes para la cuestión litigiosa sometida en el recurso; tampoco procede la revisión fáctica que se propone por la codemandada Ana Naya SL en el escrito de impugnación del recurso de la contraria, ni a la unión de los documentos que se acompañan por no tener ninguna trascendencia para la cuestión sometida en el recurso.

**SEGUNDO.-** El primer motivo del recurso, como decimos, tiene el objetivo de modificar el relato fáctico, y se propone modificar el hecho probado primero a los efectos de que se añada al mismo lo que sigue: " *El convenio colectivo de aplicación a las actoras era el XI Convenio Colectivo de ámbito estatal de Centros de Asistencia y*



*Educación infantil. En su art. 26 literalmente establece: "Sucesión de empresas-en lo relativo a la sucesión de empresas se estará a lo establecido en los arts. 42 , 43 y 44 y concordantes el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores ".*

Pero dicha afirmación es innecesaria desde el momento en que ya la juez ha establecido en el fundamento de derecho sexto cuál es el convenio colectivo aplicable y el contenido del mismo en este punto, siendo que es más correcto su ubicación en fundamentos de derecho que en el apartado de los hechos probados, de modo que procede la desestimación del motivo.

**TERCERO.** - Con amparo en el art 193 b) de la LRJS plantea un segundo motivo de revisión fáctica, en esta ocasión para revidar el hecho probado cuarto proponiendo la adición de un segundo párrafo para decir: *"Junto a los criterios de evaluación automática, ponderados en un 60%, se establecen como criterios cuantificables mediante juicio de valor: el proyecto educativo al que se le asigna una ponderación de un 35% y la programación mensual de menús de comedor que tiene una ponderación del 5%. Igualmente, respecto del personal laboral, el Pliego no establece la obligación de subrogar el personal que estuviera prestando servicios para la anterior adjudicataria".*

Se sustenta en los folios 593 a 626 de autos que acogen Los Pliegos de las Cláusulas administrativas. El motivo no puede prosperar, toda vez que con él la parte pretende sustituir la valoración judicial de los Pliegos por la propia e interesada, cuando además la juez ya da por reproducidos los pliegos, de modo que la parte tiene la posibilidad de valorar y resaltar de dichos documentos aquellos aspectos que tenga por conveniente, pero en fundamentos de derecho. Lo que no puede pretender es modificar el relato fáctico suministrado por la juez, pues no se ha producido error alguno que sea preciso corregir.

Y es que la revisión de hechos no faculta al Tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental o pericial alegada que demuestre patentemente el error de hecho, bien entendido que su apreciación no puede entrañar denegación de las facultades valorativas de la prueba atribuidas al Juzgador "a quo", a quien corresponde, en virtud de lo dispuesto en el artículo 97 de la LRJS , apreciar todos los elementos de convicción aportados al proceso y declarar, en función de éstos, los que estime probados. Ha de hacerse cita del documento o documentos o prueba pericial que, debidamente identificado y obrante en autos, mediante la referencia exacta de los folios, -no es correcto se diga genéricamente constan en el procedimiento- patentice, de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error en que hubiera podido incurrir el juzgador, y debe indicarse una redacción alternativa al hecho probado que se pretende modificar. De este modo no es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada ( S<sup>a</sup> TS de 2 de mayo de 1985 ). Se desestima.

**CUARTO.**- La tercera revisión fáctica que se propone como tercer motivo de suplicación viene referida al hecho probado quinto pretendiendo que se redacte de nuevo para decir. *" Las dos demandadas presentaron oferta en el Concurso referenciado. La puntuación final obtenida por Kidsco Balance SL fue de 92,61 puntos y la de Ana Naya García SL de 91,46 euros. La puntuación por el proyecto educativo fue de 34,625 para Kidsco Balance SL y de 32,500 para Ana Naya García SL. La puntuación del criterio B2 (menús de comedor) fue la misma (5 puntos) para ambas empresas. En los criterios de evaluación automática, la mejor puntuación la obtuvo Ana Naya García SL, 53,95 puntos frente a los 52,98 de Kidsco Balance SL, lo que determinó la puntuación final de 92,61 puntos de Kidsco Balance SL, frente a los 91,46 puntos finales de Ana Naya García SL".*

Se sustenta en el documento nº3 del expediente (folios 219 a 225 de los autos). Pero de dicho documento no resulta cuál fue la puntuación por los criterios de evaluación automática, de modo que no procede acceder a la revisión. Además, solo consta que, en efecto, la codemandada Ana Naya García SL obtuvo mayor puntuación en el criterio B1 y la misma puntuación que la recurrente en el criterio B2, lo que así se recogerá. Se acepta también la puntuación final de cada una de ellas. Así pues, la redacción final quedará como sigue: *"Las dos demandadas presentaron oferta en el Concurso referenciado. La codemandada Ana Naya García SL obtuvo mayor puntuación en el criterio B1 y la misma puntuación que Kidsco Balance SL. en el criterio B2. Finalmente por resolución de 26-6-2014 del Ministerio de Defensa se adjudicaron los lotes 1 y 2 a la empresa Kidsco Balance SL, cuya puntuación final fue de 92,61 puntos y la de Ana Naya García SL de 91,46 euros. Y con fecha 28-7-14 fue suscrito Acuerdo Marco entre el Ministerio de Defensa y esta empresa.*

**QUINTO.**- En el cuarto motivo de su recurso, y con el mismo amparo procesal que en el anterior, se pretende la revisión del ordinal sexto de los probados, proponiendo la adición de un segundo párrafo al mismo con el siguiente tenor literal: *" Tras la adjudicación del servicio a la empresa Kidsco Balance SL, la plantilla del centro*





de trabajo de Ferrol es de 14 empleados. Para cubrir el mismo la citada empresa ha contratado exclusivamente a una persona que estuviera prestando servicios con anterioridad en la escuela.

En el conjunto de todas las escuelas infantiles adjudicadas en el Lote 1 del contrato administrativo referido en el hecho cuarto, la plantilla total es de 205 trabajadores; de dicha plantilla 88 corresponden a nuevas escuelas adjudicadas a la empresa mencionada y para cubrir tales puestos ha contratado a un total de 15 personas que anteriormente estaban prestando servicios en dichas escuelas para Ana Naya García SL".

Se sustenta en el documento nº5 de la recurrente (folios 641 y 642), que se corresponde con un certificado de la propia empresa, de modo que se trata de un documento de parte elaborado y firmado por la administradora de la empresa recurrente, y por ello no acredita en beneficio de su autor la veracidad de los extremos reseñados en el mismo. Por otro lado, encubre una prueba testifical documentada, la que no puede ser medio hábil para revisar. Por último, ya consta como hecho probado la contratación de una sola trabajadora que antes prestaba servicios en la misma escuela de Ferrol por cuenta de Ana Naya García SL (así se ha declarado probado en el ordinal octavo de los probados). Y la plantilla actual total o por centros de la actual adjudicataria no es relevante.

**SEXTO.-** La última revisión fáctica que se pretende consiste en añadir en el hecho probado séptimo un nuevo párrafo que diga que: " *En ninguno de esos correos electrónicos se constata la existencia de acuerdo definitivo alguno que vincule a las partes sino meras conversaciones con criterios e interpretaciones distintas por parte de las dos empresas* ", lo que sobre la base de los propios correos se revela totalmente subjetivo e interesado, pues se trata de una valoración de parte más propia de un razonamiento o conclusión jurídica; además se propone como hecho negativo, lo que siempre debe ser rechazado, pues así lo viene manteniendo esta sala en relación a los juicios de valor predeterminantes del fallo, cuya sede ha de corresponderse con la motivación o fundamentación jurídica del recurso. Y también las hipótesis, conjeturas o elucubraciones, así como los hechos negativos en cuanto equivalen a no acaecidos.

**SÉPTIMO .-**En sede de denuncia jurídica, con amparo en el art.193 c) de la LRJS se alega la vulneración de los arts. 42 y 44 del ET , y en el último motivo, con el mismo amparo procesal, la infracción de los arts. 42 y 55 del mismo texto legal , los que serán resueltos conjuntamente.

Por lo que se refiere a la sucesión de empresas, el TS ha declarado, así en la sentencia de 12 de marzo de 2015 (Recurso: 1480/2014 ) con remisión a las sentencias de 8 y 9 de julio de 2014 ( rcud. 1741/2013 y 1201/2013 ) y 9 de diciembre de 2014 (rcud. 109/2014 ) que: "Conviene, antes de entrar a resolver la controversia suscitada, recordar la doctrina de la Sala sobre la sucesión de empresas y la sucesión de plantillas, sentada en aplicación de la Directiva 2001/23, del artículo 44 del ET , y de la doctrina del T.J.C.E., en múltiples sentencias, como las de 29 de mayo de 2008 (R. 3617/2006 ) , 27 de junio de 2008 (R. 4773/2006 ) , 28 de abril de 2009 (R. 4614/2007 ) , 7 de diciembre de 2011 (R. 4665/2010 ) , 28 de febrero de 2013 (R. 542/2012 ) y 5 de marzo de 2013 (R. 3984/2011 ) . Como señala la sentencia deliberada en esta misma fecha (rcud. 1201/13) nuestra doctrina se resume en la última citada, de 5 de marzo de 2013 , del siguiente modo:

"Cuarto.- La doctrina general sobre la subrogación en las relaciones de trabajo establecida en el artículo 44 ET se puede resumir distinguiendo de un lado los puntos que se refieren al hecho o acto de la transmisión de empresa y de otro lado los relativos al objeto de dicha transmisión.

En cuanto al objeto de la transmisión en los supuestos de sucesión de empresa, deben destacarse aquí los siguientes puntos de nuestra doctrina jurisprudencial:

- 1) 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";
- 2) dicho objeto "no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial" reduciéndose "en determinados sectores económicos como los de limpieza y vigilancia" "a su mínima expresión", en tanto en cuanto "la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra";
- 3) de lo anterior se desprende que "un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica [objeto de la transmisión determinante de la sucesión de empresa] cuando no existen otros factores de producción";
- 4) por el contrario, no se considera que hay sucesión de empresa "si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior";
- 5) el mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida "continúe efectivamente" o que luego "se reanude".



En cuanto a los hechos o actos de transmisión los puntos doctrinales a destacar para la decisión del caso son los siguientes:

6) La expresión del artículo 44.1 ET "transmisión de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva" es equivalente a la expresión del artículo 1 a) de la Directiva comunitaria vigente "traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad";

7) el acto o hecho de "transmisión de un conjunto de medios organizados" no requiere necesariamente que haya transmisión de elementos patrimoniales del cedente al cesionario;

8) tampoco es imprescindible que exista en la transmisión de empresas o unidades productivas una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario, vinculación o tracto directo que tiene un mero valor indiciario de la existencia de sucesión de empresa;

9) puede producirse, por tanto, la cesión o transmisión de empresas o unidades productivas a través o por mediación de un tercero propietario, arrendador, o dueño de la obra.

Dos puntos doctrinales más de carácter general conviene reseñar de la jurisprudencia en la materia, que se desprenden en realidad de los anteriores, pero que no está de más resaltar para la solución del caso controvertido o de otros semejantes:

10) para determinar en un supuesto concreto si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una empresa o unidad productiva "han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate", entre ellos "el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate", "el que se hayan transmitido o no elementos materiales como edificios o 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", "el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión" y "la duración de una eventual suspensión de dichas actividades";

11) la obligación de subrogación en las relaciones de trabajo ("sucesión de empresa") generada en los supuestos normativos reseñados de la normativa comunitaria y del artículo 44 ET opera por imperativo de la ley (ope legis), sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes del contrato de trabajo".

Sobre la base de la compleja doctrina sobre la sucesión de empresa resumida en los puntos anteriores se ha construido la teoría denominada de la "sucesión de plantillas", de acuerdo con la cual se da el supuesto de hecho legal de la sucesión de empresa en los casos de sucesión de contratas o concesiones de servicios en que concurren determinadas circunstancias o requisitos.

El supuesto particular de sucesión de contratas o concesiones con "sucesión de plantillas" se caracteriza por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas: A) una empresa contratista o adjudicataria de servicios ("empresa entrante") sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades ("empresa saliente") por cuenta o a favor de un tercero (empresa "principal" o entidad "comitente"); B) la sucesión de contratas o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la "empresa saliente", encargando a la "empresa entrante" servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; C) la "empresa entrante" ha incorporado al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a un parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la "empresa saliente"; y D) el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la "mano de obra" organizada u organización de trabajo".

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. Sin embargo, es lo cierto que la juez parte del hecho de que ambas empresas, la saliente y la entrante, obtuvieron la misma puntuación en lo que se refiere al proyecto educativo, lo que no se ajusta a la



realidad, pues aunque sus puntuaciones son muy parecidas, la empresa adjudicataria entrante obtuvo mayor puntuación en este punto. De este modo, se hace más evidente que 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. La sentencia de instancia aplica la figura de la sucesión de plantilla a la inversa, concluyendo que dado que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, la no asunción de plantilla supone un despido, olvidando que la nueva adjudicataria no tenía obligación de subrogar, pues ni el convenio ni el pliego le obligaba a ello, de modo que sólo de haber incorporado a la plantilla estaríamos en presencia de una sucesión empresarial por aplicación de dicha figura.

Así es que el hecho de que la empresa recurrente tuviera inicialmente la intención de asumir la nueva plantilla, pero no en términos de subrogación o sucesión, sino simplemente a través de una nueva contratación no es un acto ilícito, pues no existiendo obligación de subrogar, la empresa podía limitarse a una nueva contratación; otra cosa es que asumiendo la totalidad o buena parte de la plantilla en esos términos pudiese concluirse que se produjo la sucesión empresarial, y por tanto, fuese exigible que la nueva adjudicataria mantuviese las condiciones de antigüedad, categoría y salario de las trabajadoras contratadas, pero no estamos ante ese supuesto, sino de un supuesto en el que no se ha asumido la mayoría de la plantilla de la saliente.

Y es que para apreciar la existencia de sucesión empresarial por asunción de plantilla es irrelevante que la incorporación lo fuese manteniendo o no la antigüedad, es decir, a modo de subrogación empresarial, pues lo verdaderamente importante es que la empresa entrante contase o no con el personal de la anterior, en ese centro de trabajo, a los efectos de constatar la existencia de una sucesión empresarial por asunción de plantilla. Y si como se ha declarado probado, el centro de Ferrol tenía 9 trabajadores, la contratación de una sola trabajadora no puede considerarse suficiente para entender que se ha producido una sucesión empresarial por asunción de plantilla. Tampoco del total de trabajadores de la anterior adjudicataria y que conformaban el lote 2, un total de 72 trabajadores, de los que fueron contratados 14 puede concluirse en la asunción de la mayoría de la plantilla de la empresa saliente. Es por ello que la exigencia de la recurrente de que la nueva contratación estuviese supeditada a la previa baja voluntaria de las trabajadoras no puede servir de elemento determinante de la asunción o no de plantilla, y sobre todo de la existencia de una represalia de la entrante derivada de esa negativa, pues insistimos, la sucesión de plantilla podría haberse apreciado aún con esa baja voluntaria firmada.

Es por ello que, no existen indicios de una presunta vulneración de derechos fundamentales y de la garantía de indemnidad, pues no pueden ser considerados como tales la negativa de las actoras a suscribir la baja voluntaria con la anterior empresa, pues no existiendo obligación de subrogar, la empresa entrante podía contratar a quién tuviese por conveniente, sin perjuicio de que de asumir la mayoría de la plantilla estuviésemos ante una sucesión por asunción de plantilla, lo que no es más que una mera hipótesis, pues no cabe afirmar con rotundidad que de haber aceptado todas las trabajadoras de la saliente la baja voluntaria en la misma estarían ahora trabajando para la entrante, y de que por ello se habría producido una sucesión de plantillas, y por ende una sucesión empresarial por esa causa. Y es que la empresa entrante ha aumentado el número de personal adscrito a la misma, y pudo valorar en el momento de las nuevas contrataciones otros aspectos más allá de venir prestando servicios para la empresa saliente, entre ellos, la conveniencia de que se pudiese considerar la existencia de una sucesión empresarial. En definitiva no habiéndose materializado la asunción de plantilla, no es posible indagar sobre las causas o motivos por los que ésta no se produjo. Como el Tribunal Constitucional ha declarado, para que opere el desplazamiento de la carga de la prueba al empresario no basta simplemente con que el trabajador califique de discriminatorio el despido sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha o presunción de discriminación, lo que según declaró el T.C en Sentencia de 28-11-81 hace aplicable lo dispuesto en el art. 68 del E.T sobre protección del despido y determina lo establecido en los arts. 179 2º y 182 de la L.P.L (ahora art. 181 de la LRJS), la inversión de la carga probatoria que se contempla en el mismo, esto es, que el demandado aporte una justificación objetiva y razonable suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Por todo lo que queda escrito procede, previa estimación del recurso, dictar un pronunciamiento revocatorio del suplicado. En consecuencia,

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa KIDSCO BALANCE SL contra la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de los de Ferrol, en proceso por despido promovido por doña Mariola y otras debemos



revocar y revocamos la sentencia recurrida y desestimando la demanda rectora de autos debemos absolver y absolvemos a las demandadas de las pretensiones en su contra deducidas.

**MODO DE IMPUGNACIÓN** : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 \*\*\*\* ++**).

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

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