



Roj: **STSJ AND 14791/2016 - ECLI:ES:TSJAND:2016:14791**

Id Cendoj: **41091340012016102748**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **23/11/2016**

Nº de Recurso: **84/2016**

Nº de Resolución: **3215/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **EVA MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 14791/2016,**
STS 375/2019

RECURSO: 84/16-ME SENTENCIA Nº 3215/16

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

D^a ANA MARÍA ORELLANA CANO

D^a. EVA MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

D. FRANCISCO MANUEL DE LA CHICA CARREÑO

En Sevilla, a veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por el Excmo. e Ilmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente:

SENTENCIA Nº 3215/16

En el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada D^a. Rosa María Parja Aparicio, en representación de SENDA ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL S.L.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de los de Jerez de la Frontera; ha sido Ponente la Magistrada, Il^{ta}m. Sra. DOÑA EVA MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Según consta en autos número 1329/2014 se presentó demanda por D^a. Graciela , sobre DESPIDO, contra Asociación Amigos Alumnos El Principito y Senda Animación Sociocultural, Gestión del Ocio y El Tiempo Libre S. XXI S.L.L., se celebró el juicio y se dictó *sentencia el 25 de Junio de 2015 por el Juzgado de referencia, en que se estima parcialmente la demanda.*

SEGUNDO : En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

" PRIMERO.- La actora, Dña. Graciela , mayor de edad, nacida el día NUM000 /89 y con DNI nº NUM001 , entró a prestar sus servicios por cuenta de la empresa ASOCIACIÓN AMIGOS ALUMNOS EL PRINCIPITO, con CIF nº G-11687902, el 02/01/10, con categoría profesional de maestra, en virtud de diversos contratos temporales a tiempo parcial (25 horas semanales) con un salario a efectos de despido de 45,07 €/día y teniendo el centro de trabajo en la Guardería "El Paje" en la localidad de Barca de La Florida (Cádiz).



Es de aplicación el XI Convenio Colectivo de ámbito estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil (BOE de 22/03/10).

SEGUNDO.- *La empresa tenía suscrito con el Excmo. Ayuntamiento de Jerez un convenio de colaboración de fecha 06/09/10 por el que el primero ponía a disposición de la segunda el uso gratuito, en concepto de precario del inmueble sito en el número 22 de La Barca de La Florida para ser destinado a Escuela Infantil (doc. aportado por la empresa demanda en escrito de 29/01/15).*

TERCERO.- *Con fecha 07/06/13 por la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Jerez se acordó la convocatoria de licitación pública para la adjudicación en régimen de concesión administrativa del uso privativo y explotación de la Escuela Infantil sita en La Barca de La Florida*

CUARTO.- *Tras los preceptivos trámites administrativos, con fecha 17/01/14 el Excmo. Ayuntamiento de Jerez y la empresa demandada SENDA ANIMACION SOCIOCULTURAL, GESTIÓN DEL OCIO Y EL TIEMPO LIBRE S. XXI SLL suscribieron un contrato de concesión administrativa cuyo objeto es el uso privativo y explotación de la citada escuela infantil. (DOC. 1 de la empresa SENDA).*

QUINTO.- *Con fecha 26/05/14 por Resolución de la Sra. Alcaldesa se ordenó el desahucio administrativo, declarando la extinción por ocupación en precario de los terrenos e instalaciones afectados al uso y dominio público municipal donde se desarrolla el ejercicio de la actividad de la guardería, notificado a ASOCIACIÓN AMIGOS ALUMNOS EL PRINCIPITO el día 18/06/14.*

SEXTO.- *Con fecha 31/07/14 la empresa ASOCIACION AMIGOS ALUMNOS EL PRINCIPITO envió burofax a la empresa SENDA informando de la sucesión de empresa (DOC. 5 de la empresa SENDA); y con igual fecha a la trabajadora informando, igualmente, de la sucesión de empresa (DOC. 8 de la actora). Y con fecha 28/08/14 envió un nuevo burofax comunicándole la relación de trabajadores afectados por la subrogación, en número de diez, entre los que se encontraba la actora (DOC. 6 de la empresa SENDA).*

SÉPTIMO.- *Con fecha 31/08/14 la empresa ASOCIACION AMIGOS ALUMNOS EL PRINCIPITO dio de baja en la Seguridad Social a la actora, con el código correspondiente a la sucesión/subrogación, lo que comunicó a la otra empresa demandada y a la actora (DOC. 9 de la actora y DOC. 6 de la empresa SENDA)*

OCTAVO.- *Con fecha 30/08/14 la empresa SENDA comunicó a la actora no se encontraba en posesión de titulación mínima exigida según art. 16 del Decreto 145/2009 de 12 de mayo , por "lo que es legalmente imposible que usted siga desarrollando sus servicios en dicho centro". (DOC. 10 de la actora y DOC. 8 de la empresa SENDA).*

OCTAVO.- *Se presentó papeleta de conciliación ante el CMAC, celebrándose el intento de conciliación, con resultado sin avenencia."*

TERCERO: *Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por Senda Animación Sociocultural, Gestión del Ocio y El Tiempo Libre S. XXI S.L.L. y es impugnado por la actora.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *La sentencia de instancia, estimando la demanda formulada por la actora frente a la empresa codemandada, SENDA ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL, GESTIÓN DE OCIO Y TIEMPO LIBRE S.XXI, S.L.L., declaró improcedente su despido, condenando a la empresa citada a la readmisión de la trabajadora o a indemnizarla en la cuantía que indicaba, absolviendo a la empresa codemandada, ASOCIACIÓN DE AMIGOS Y PROTECTORES DE ALUMNOS "EL PRINCIPITO" DE LA GUARDERÍA EL PAJE, de los pedimentos de la demanda.*

Contra dicha sentencia interpone la empresa condenada recurso de suplicación --que se impugna de contrario por la demandante--, conteniendo el recurso cuatro motivos formulados, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LRJS, el primero de ellos, y al amparo del apartado c) de la misma norma procesal, los otros tres.

En el motivo primero, con amparo en el apartado b) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) solicita la recurrente la revisión del hecho probado primero para que se subsane el error mecanográfico de antigüedad, que es de 2-11-2010, ya subsanado en el fundamento jurídico cuarto y admitido por la actora en su impugnación, por lo que se tiene por subsanado

SEGUNDO .- *En restantes motivos, segundo, tercero y cuarto, con amparo como se ha dicho en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS , denuncia la recurrente lo siguiente:1) la infracción del artículo 16 del Decreto 149/2009 de 12 de mayo, de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía , por el que se regulan los centros que imparten el primer ciclo de educación infantil; 2) la infracción, por errónea interpretación y aplicación del Convenio Colectivo de aplicación, al infringir el Decreto 149/2009; y 3) la infracción de la*



jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo que cita (de 28/09/2011 y de 27/06/2012 y 2/07/2012).

La cuestión está ya resuelta por esta Sala en asunto idéntico, en la sentencia del Rec. N° 2608/2015 , que establece:

"El artículo 16 citado establece lo siguiente: "1. Los centros educativos que impartan el primer ciclo de la educación infantil contarán con profesionales que posean el título de maestro o maestra con la especialización en educación infantil o el título de grado equivalente. Asimismo, deberán contar para la atención educativa y asistencial del alumnado con personal cualificado que posea el título de técnico superior en educación infantil o cualquier otro título declarado equivalente a efectos académicos y profesionales.

2. Las titulaciones del personal de los centros educativos a los que se refiere el apartado anterior podrán ser suplidas por los correspondientes cursos de habilitación autorizados, de conformidad con la normativa que resulte de aplicación.

3. En cada centro educativo que imparta el primer ciclo de la educación infantil el número de personas que, con la titulación adecuada, se dedique a la atención educativa y asistencial del alumnado, conforme a lo previsto en los apartados anteriores, deberá ser, al menos, igual al de unidades escolares en funcionamiento en el centro más uno. Asimismo, por cada seis unidades o fracción, al menos una de las personas trabajadoras estará en posesión del título de maestro o maestra especialista en educación infantil o del título de grado equivalente.

4. El alumnado estará en todo momento atendido por el personal al que se refiere este artículo.

Por su parte, la Disposición transitoria segunda de dicho Decreto establece que "Podrán continuar prestando servicios en los centros educativos que imparten el primer ciclo de educación infantil aquellas personas que, sin estar en posesión de alguna de las titulaciones indicadas en el artículo 16, estén trabajando como educadoras en los mismos a la entrada en vigor del presente Decreto. Estas personas dispondrán de un plazo máximo de cuatro años, a partir de la publicación del presente Decreto para cumplir los requisitos exigidos en el mismo". Y el apartado 7 del Pliego de Prescripciones Técnicas de la Concesión Administrativa señala que "El personal necesario para la prestación del servicio y sus titulaciones, será como mínimo, el exigido en el Decreto 149/2009, de 12 de mayo, de la Consejería de Educación."

Partiendo de ello, la sentencia de instancia ha declarado que el hecho de que la adjudicataria cumpla con los requisitos exigidos de disponer de personal titulado para tareas educacionales o asistenciales no significa que no pueda tener, además, otro personal que, no teniendo la titulación exigida para tales tareas,, realice sólo funciones de apoyo de las previstas en el Grupo III de Clasificación del Anexo I del Convenio Colectivo de Ámbito Estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil (BOE nº 70, de 22-03-10), que recoge la categoría de Auxiliar de Apoyo, definida en el Anexo I, dentro del Grupo III, como "aquella persona que ejerce las labores de apoyo que se le encomienden", sin exigirle para ello titulación alguna, a diferencia de lo que ocurre con el Personal de Apoyo Titulado Superior y Titulado Medio incluidos en ese mismo Grupo III.

Como razona dicha sentencia, la categoría que figura en los distintos contratos suscritos por la actora es la de Maestro, aunque no de educación infantil, sino de Lengua extranjera, que no se corresponden con las que el Convenio Colectivo prevé para el Grupo II (Personal de Aula), de Maestro o Educador Infantil, que integra al Educador Infantil del anterior Convenio y al Técnico Especialista, aunque no especifica cuales fueron las concretas tareas realizadas como tal.

Siendo así, no puede entenderse, como pretende la nueva adjudicataria aquí recurrente, SENDA ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL, GESTIÓN DE OCIO Y TIEMPO LIBRE, S.XXI, S.L.L., que, en todo caso, aunque se le hubiese permitido la realización de funciones de aquellas otras categorías superiores para las que carecía de titulación, ello sería responsabilidad de la empresa saliente y en ningún caso impediría que la empresa entrante, que expresamente reconoció su obligación de subrogación, viniese obligada a subrogarse como empleadora respecto de ella.

En consecuencia, habiendo cubierto la empresa entrante con 6 de los 7 trabajadores en los que reconoce haberse subrogado (el séptimo era el Conserje) según admite en su recurso, el mínimo exigido por el artículo 16 del Decreto 149/2009 , que, estando la Escuela distribuida en 5 Unidades o Aulas, era de 6 (5 más 1) con título de Maestro o Maestra especializado en Educación Infantil o título de grado equivalente y Técnico Superior en Educación Infantil o cualquier otro título declarado equivalente a efectos académicos y profesionales, venía obligada a subrogarse también como empleadora respecto de la trabajadora demandante, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 26 del Convenio Colectivo de aplicación, conforme al cual se estará a lo dispuesto en el artículo 44 ET , que es, por tanto, la norma aplicable en este caso (SSTS de 10/12/1997 , 29/01/2002 , 28/07/2003 , 15/03/2005 y 23/05/2005), sin que a ello pueda



obstar el informe emitido por la Inspección de Educación, que se limita a transcribir el contenido del artículo 16 del Decreto 149/2009 , refiriéndose después únicamente al personal mínimo exigido por el mismo para la realización de funciones educativas y asistenciales en los centros educativos que impartan el primer ciclo de educación infantil.

Asimismo, en el caso de que no se hubieren dado los requisitos exigidos para la sucesión con arreglo al Convenio de aplicación, procedería la misma en virtud de los criterios aplicados por el Tribunal Supremo y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (SSTS de 20/10/2004 , 27/10/2004 , 17/06/2008 y 7/12/2011) en cuanto a la sucesión de plantillas, para aquellos supuestos de contrataciones sucesivas de servicios en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de esas características, en los que para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, ha de tomarse en consideración el hecho de que el nuevo empresario se hubiere hecho cargo o no de la mayoría de los trabajadores de la plantilla, criterio éste que sería de aplicación al haber reconocido expresamente la demandada recurrente en el acto del juicio que se subrogó respecto de 7 trabajadores de la anterior adjudicataria.

De lo expuesto se infiere que, no cabe apreciar la concurrencia de las infracciones denunciadas en los motivos segundo, tercero y cuarto, al no existir la pretendida falta de titulación o de la habilitación exigida por parte de la trabajadora demandante para el desempeño del puesto de trabajo que venía realizando en la Guardería "El Paje", para la codemandada ASOCIACIÓN DE AMIGOS Y PROTECTORES DE ALUMNOS "EL PRINCIPITO", imponiéndose consecuentemente el rechazo de los motivos y del recurso y la confirmación de la sentencia impugnada, con pérdida del depósito efectuado para recurrir y dando a lo consignado el destino legal, firme esta resolución. Con Costas.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa SENDA ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL, GESTIÓN DE OCIO Y TIEMPO LIBRE, S.XXI, S.L.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Tres de Jerez de la Frontera, en fecha 25 de junio de 2015 , en virtud de demanda presentada por D^a. Graciela contra SENDA ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL, GESTIÓN DE OCIO Y TIEMPO LIBRE, S.XXI, S.L.L. y contra ASOCIACIÓN DE AMIGOS Y PROTECTORES DE ALUMNOS "EL PRINCIPITO" DE LA GUARDERÍA EL PAJE, sobre Despido; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida, con pérdida del depósito efectuado para recurrir y dando a lo consignado el destino legal, firme esta resolución. Con Costas.

Condenamos a la empresa recurrente al pago de las costas de este recurso, en las que sólo se comprenden -por no constar la reclamación de otros gastos necesarios- los honorarios del Letrado de la actora recurrida por la impugnación del recurso en cuantía de seiscientos euros (600 €) más IVA, 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 art. 237.2 LRJS .

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Se advierte a la parte recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita o de la exención de la obligación de constituir depósitos que, si recurre, deberá presentar ante esta Secretaría resguardo acreditativo de haber efectuado el depósito de 600 €, en la cuenta corriente de Depósitos y Consignaciones,



núm. 4.052-0000-66-2608-15, abierta a favor de esta Sala en el Banco de Santander especificando en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la misma, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACION.- Sevilla a veinticuatro de noviembre de dos mil dieciséis.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ