



Roj: **STSJ CL 4634/2018 - ECLI:ES:TSJCL:2018:4634**

Id Cendoj: **47186340012018102181**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2018**

Nº de Recurso: **2016/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA DEL MAR NAVARRO MENDILUCE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 02173/2018

-

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983458462-463

Fax: 983.25.42.04

Correo electrónico:

NIG: 24089 44 4 2017 0002026

Equipo/usuario: MBC

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0002016 /2018 M

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000680 /2017

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE/S D/ña ASOCIACION PROTECTORA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL O DEL DESARROLLO (ASPRONA-LEON)

ABOGADO/A: EDUARDO LOPEZ SENDINO

PROCURADOR: CARMEN ROSA LOPEZ-QUINTANA SAEZ

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Otilia , AYUNTAMIENTO DE SAN ANDRES DEL RABANEDO AYUNTAMIENTO DE SAN ANDRES DEL , PRODUCTOS DE COCINA LEONESA, SL (PROCOLE)

ABOGADO/A: , LETRADO AYUNTAMIENTO , DOMINGO CUETO SANCHEZ

PROCURADOR: , , MANUEL DE ANTA SANTIAGO

GRADUADO/A SOCIAL: ALVARO G. MILLAN PEREZ, ,

Rec. núm. 2016/18

Ilmos. Sres.

D. Manuel María Benito López

Presidente de la Sección



D^a. Susana M^a Molina Gutiérrez

D^a. M^a del Mar Navarro Mendiluce/ En Valladolid a veinte de diciembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 2016 de 2018 interpuesto por ASOCIACIÓN PROTECTORA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL O DEL DESARROLLO (ASPRONA-LEON) contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de León (autos 680/17) de fecha 11 de abril de 2018 dictada en virtud de demanda promovida por D^a. Otilia contra referida recurrente y contra PRODUCTOS DE COCINA LEONESA, S.L. (PROCOLE) y el AYUTAMIENTO DE SAN ANDRÉS DEL RABANEDO sobre DESPIDO, ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. D^a. M^a del Mar Navarro Mendiluce.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 24 de agosto de 2017 se presentó en el Juzgado de lo Social número Tres de León demanda formulada por la actora, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes:

PRIMERO.- La parte actora, DNI N^o NUM000 , ha venido prestando servicios para ASPRONA desde el 26-5-2011 hasta el 16-7-2017. Desde el 1-10-2013 en el comedor-cafetería del centro de día para personas mayores del Ayuntamiento de San Andrés de Rabanedo, sito en Trobajo del Camino, León, con categoría de oficial especialista y salario de 35,91 €/día.

SEGUNDO .- La parte actora está en situación e IT desde el 29-3-2017.

TERCERO.- La actora suscribió contrato de trabajo temporal para personas con discapacidad que trabajan en centro especiales de empleo con ASPRONA, a tiempo completo por un año de 39 horas semanales, en jornada de continuada de 11,30 a 19,30 horas, que fue prorrogado hasta el 26-5-2013, pasando, en fecha 23-5-2014, a transformarse en indefinido. El centro de trabajo que consta en todos los contratos anteriores es el de C/ Ana Moragas, 2, bis 1^o, 34009 León. En todos los contratos se establecía una cláusula específica en que el trabajador aceptaba la movilidad de centro de trabajo cuando la empresa ASPRONA así lo exigiera.

CUARTO.- En virtud de dicha cláusula la actora prestó servicios en los siguientes centros de trabajo:

-De mayo a julio de 2011 la actora prestó servicios de monitora de servicio de limpieza del Ayuntamiento de Santovenia de Valdoncilla.

- En agosto de 2011 sustituye a la encargada de limpieza del centro ocupacional de quinteros Raneros.

- De septiembre de 2011 a enero de 2012, con categoría de monitora recogía a los chicos en la parda del polígono industrial de Villaquilambre para trasladarlos a las instalaciones de Laboratorios Farma de León, controlaba mercancía y medicamentos de los trabajadores de la Asociación y trasladaba de nuevo los chicos a Villaquilambre.

- De febrero de 2012 a junio de 2012, con categoría de limpiadora, ejercía tales labores en Telemark, Hedisa y diversos portales en el Polígono Industrial de Ozonilla, Santa Olalla de la Ribera y La Lastra.

- Desde julio de 2012 a agosto de 2013, con categoría de monitora/responsable realizaba labores de apertura, cierre, atención a clientes, limpieza, etc., en la Cafetería Restaurante el Peregrino de la Virgen del Camino.

- De noviembre 2012 a agosto 2013, igualmente realizaba labores de transporte de usuarios al centro de día del Ayuntamiento de Laguna de Negrillos.

- De octubre de 2013 a marzo de 2017, como oficial especialista de hostelería, prestaba servicios en el centro de día del Ayuntamiento de San Andrés de Rabanedo.

QUINTO.- La compañera de la actora, Doña R.G.A, que llevaba prestando servicios en el mismo centro de día del Ayuntamiento de San Andrés de Rabanedo, en ningún momento fue objeto de pretensión de subrogación por la entrante PROCOLE, y sigue prestando servicios para ASPRONA.

SEXTO.- En fecha 14-7-2017, la demandada ASPORNA, remite carta a la actora comunicándole que en virtud de lo establecido en el art. 44 ET y 27 del Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención



a Persona con Discapacidad , por la que se la cesa en la empresa y se la remite para trabajar a la nueva concesionaria PROCOLE como personal subrogado.

SÉPTIMO.- La codemandada PROCOLE no ha aceptado la subrogación, en atención al pliego de condiciones suscrito con el Ayuntamiento de San Andrés de Rabanedo, que nada establece al respecto.

OCTAVO.- El Ayuntamiento de San Andrés de Rabanedo, por Resolución de 23-7-2017 adjudicó la explotación del comedor cafetería del centro de día a la codemandada PROCOLE por un período de dos años desde dicha fecha, conforme al pliego de condiciones técnicas anejo a tal Resolución, que obra en autos y se da por reproducido. Todos los medios de trabajo del centro son propiedad del Ayuntamiento demandado.

NOVENO.- La actora no es ni ha sido el año anterior representante legal o sindical de los trabajadores.

DÉCIMO.- El preceptivo acto de conciliación se celebró el 9-8-2017, habiéndose interpuesto la papeleta el 25-7-2017.

TERCERO.- Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha sentencia por la codemandada ASPRONA-LEON, fue impugnado por la actora y por PROCOLE. Elevados los Autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Frente a la sentencia del Juzgado de lo Social n 3 de León que estimó la demanda de despido declarando la improcedencia del mismo , condenando a ASPRONA y absolviendo a la otra codemandada se alza en suplicación la condenada en sentencia pretendiendo se condene a la otra codemandada El demandante y la codemandada absuelta impugnan el recurso interesando la confirmación de la sentencia .

SEGUNDO .- El primer motivo del se ampara en el apdo. c del art. 193 de la LRJS e invoca vulneración del art. 27 del XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Personas con discapacidad , que es del siguiente tenor literal: " 1. Al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo mediante cualquiera de las modalidades de contratación, las empresas y centros de trabajo cualquiera que sea su actividad, que en virtud de contratación pública, privada, por concurso, adjudicación o cualquier otro tipo de transmisión, sustituyan en la prestación de un servicio o actividad a una empresa o entidad que, bajo cualquier forma jurídica y tanto en régimen de relación laboral ordinaria o especial, estuviera incluida en el ámbito funcional del convenio, se subrogará obligatoriamente en los contratos de trabajo de los trabajadores que estuvieran adscritos a dicho servicio o actividad con una antigüedad mínima en el mismo de tres meses, en los términos que se detallan en este artículo.

La citada subrogación se producirá en la totalidad de derechos y obligaciones de los trabajadores, garantizándose su continuidad en la prestación del servicio y será imperativa aun cuando ello implicara la transformación de un contrato formalizado al amparo de la relación laboral especial en centros especiales de empleo en un contrato y relación laboral ordinaria de personas con discapacidad o minusvalía.

La subrogación se producirá respecto del siguiente personal:

- a) Trabajadores/as en activo que presten sus servicios en dicho centro con una antigüedad mínima de los tres últimos meses, sea cual fuere la naturaleza de la relación laboral y la modalidad contractual.
- b) Trabajadores/as que en el momento de cambio de titularidad de la contrata, servicio o actividad se encuentren en estado de incapacidad temporal, enfermos, accidentados o en situación de excedencia, si hubieran estado adscritos a la misma al menos tres meses.
- c) Trabajadores/as que sustituyan a alguno de los trabajadores mencionados en el apartado anterior.

A fin de instrumentar la subrogación, la empresa saliente deberá entregar a la entrante, al menos una semana antes de finalizar su servicio, la siguiente documentación:

Certificado del organismo competente de estar al corriente de pago de la Seguridad Social.

Fotocopia de las tres últimas nóminas mensuales de los trabajadores y trabajadoras afectados.

Fotocopia de los TC-1 y TC-2 de cotización a la Seguridad Social de los tres últimos meses.

Relación de personal en la que se especifique: Nombre y apellidos, domicilio, número de afiliación a la Seguridad Social, antigüedad, jornada, horario, vacaciones y cualquier modificación de éstos que se haya producido en los tres meses anteriores junto con la justificación de la misma, modalidad de su contratación, especificación del período de mandato si el trabajador/a es representante sindical y fecha de disfrute de sus vacaciones.



Parte de IT y/o confirmación del mismo.

Días de asuntos propios ya disfrutados y justificación de otras licencias retribuidas.

Fotocopia de los contratos de trabajo del personal afectado por la subrogación, si los ha tramitado la saliente.

Copia de documentos debidamente diligenciados por cada trabajador/a afectado en el que se haga constar que éste ha recibido de la empresa saliente su liquidación de partes proporcionales de sus haberes hasta el momento de la subrogación, no quedando pendiente cantidad alguna. Este documento deberá estar en poder de la nueva adjudicataria en la fecha del inicio del servicio como nueva titular.

2. En cualquier caso la relación laboral entre la empresa saliente y los trabajadores/as solo se extingue en el momento en que se produzca de derecho la subrogación a la nueva adjudicataria.

3. Así mismo se mantendrán los plazos establecidos en los convenios colectivos de ámbito inferior, siempre y cuando respeten los contenidos mínimos regulados en el presente capítulo.

4. A los efectos previstos en este artículo no tendrán la consideración de trabajadores y, por tanto, no serán objeto de subrogación por la nueva adjudicataria los socios cooperativistas y los trabajadores autónomos aun cuando vinieran prestando servicios, directa y personalmente, en el centro o contrata en el que se produjese el cambio de contratista.

5. Cuando la nueva empresa adjudicataria sea un centro especial de empleo podrá asumir con el proceso de subrogación hasta el número máximo de trabajadores sin relación laboral de carácter especial que la propia regulación legal de constitución y mantenimiento de un centro especial de empleo permita y, todo ello, atendiendo al cumplimiento legal y reglamentario de creación y funcionamiento de los centros especiales de empleo. No obstante con carácter excepcional, mientras ese centro especial de empleo mantenga la adjudicación de la citada contrata podrá subrogarse en la totalidad de la plantilla de los trabajadores de la empresa saliente.

6. Con la sola excepción de lo previsto en los párrafos anteriores, en todos los demás supuestos de finalización, pérdida, rescisión, cesión o rescate de una contrata, - así como, respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga la subrogación entre entidades, personas físicas o jurídicas-, que lleven a cabo la actividad de que se trate, los trabajadores y trabajadoras de la empresa saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones que disfruten en la empresa subrogada.

7. Acreditación documental.-Todos los supuestos anteriormente contemplados, se deberán acreditar documentalmente por la empresa o entidad saliente a la entrante, mediante los documentos que se detallan en este artículo.

8. El plazo de entrega será el que se establezca en cada convenio de ámbito territorial inferior. En el supuesto de que en aquellos no estuviera regulado dicho plazo de entrega, éste será de cinco días hábiles contados a partir del momento en que la empresa entrante comunique a la saliente el cambio de la adjudicación de servicios.

En ningún caso se podrá oponer a la aplicación del presente artículo, y en consecuencia a la subrogación la empresa entrante, en el caso de que la empresa saliente no le hubiera proporcionado a la entrante la documentación a que viene obligada. Y ello con independencia de que pudiera exigirle a aquella la indemnización por los daños y perjuicios que en su incumplimiento le haya podido acarrear.

9. Liquidación de retribuciones, partes proporcionales de pagas extraordinarias, vacaciones y descansos con respecto a los trabajadores entre la empresa saliente y la que vaya a realizar el servicio:

a) Los trabajadores/as percibirán sus retribuciones mensuales en la fecha establecida y las partes proporcionales de pagas extraordinarias o liquidación de retribuciones pendientes de percibir, en los cinco días siguientes a la fecha de terminación de la contrata de la empresa saliente.

b) Los trabajadores/as que no hubieran descansado los días de vacaciones, días de descanso correspondientes, asuntos propios u otros descansos o permisos retribuidos al momento de producirse la subrogación, descansarán los que tuvieran pendientes en las fechas que tengan previstas, con la nueva adjudicataria del servicio, siempre que la actividad subrogada lo permita.

10. Si la subrogación de una nueva titular de la contrata implicase que un trabajador/a realice su jornada en dos centros de trabajo distintos, afectando a uno sólo de ellos el cambio de titularidad de la contrata, los titulares de la misma gestionarán el pluriempleo legal del trabajador/a, así como el disfrute conjunto del período vacacional, abonándose por la empresa saliente la liquidación de las partes proporcionales de las pagas correspondientes. Esta liquidación no implicará el finiquito si continúa trabajando para la empresa.



11. La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento para las partes a las que vincula: empresa cesante, nueva adjudicataria y trabajador/a, operando la subrogación tanto en los supuestos de jornada completa, como en los de jornada inferior, aun cuando el trabajador/a siga vinculado a la empresa cesante por una parte de su jornada. En tal caso se procederá conforme determina el apartado anterior.

No desaparece el carácter vinculante de este artículo, en el supuesto de cierre temporal de un centro de trabajo que obligue a la suspensión del servicio por tiempo no superior a un año. En tal caso, dicha circunstancia dará lugar a promover expediente de regulación de empleo por el que se autorice la suspensión de los contratos de trabajo de los empleados que resulten afectados. A la finalización del período de suspensión, dichos trabajadores/as tendrán reservado el puesto de trabajo en el centro en cuestión, aunque a esa fecha se adjudicase el servicio a otra empresa.

12. En caso de que un cliente rescindiera el contrato de adjudicación de un servicio con una empresa, por cualquier causa, con la idea de realizarlo con su propio personal, y posteriormente contratase con otra de nuevo el servicio en el plazo de un año, la nueva concesionaria deberá incorporar a su plantilla al personal afectado de la anterior empresa, siempre y cuando se den los requisitos establecidos en el presente artículo.

13. En el caso de que el propósito del cliente, al rescindir el contrato de adjudicación del servicio de que se trate, por cualquier causa, fuera el de realizarlo con personal propio pero de nueva contratación, quedará obligado a incorporar a su plantilla a los trabajadores/as afectados/as de la empresa hasta el momento prestadora de dicho servicio.

14. La subrogación del personal, así como los documentos a facilitar, operarán en todos los supuestos de subrogación de contratos de los correspondientes servicios, y ello aun cuando la relación jurídica se establezca sólo entre quien adjudica el servicio por un lado y la empresa que resulte adjudicataria por otro, siendo de aplicación obligatoria, en todo caso, la subrogación de personal, en los términos indicados y ello con independencia tanto de la aplicación, en su caso, de lo previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, como de la existencia por parte del empresario saliente de otras contrataciones ajenas a la que es objeto de subrogación.

15. Se creará, en el seno de la comisión paritaria de este convenio colectivo, la comisión para la propuesta del tratamiento a contemplar para situaciones derivadas de la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina jurisprudencial"

Entiende la recurrente que la nueva adjudicataria del servicio y codemandada debió continuar en la relación laboral con la trabajadora que acciona, a lo que se opone la trabajadora en su escrito de impugnación - manteniendo que no estaba adscrita al centro de trabajo- y el letrado de PROCOLE manteniendo que la empresa no está incluida en el ámbito de aplicación del citado convenio y esto último es cierto porque el del citado CC cuyo art. 27 se cita como infringido establece en su art. 1 su ámbito funcional con el siguiente contenido:

1. El presente convenio regula las condiciones de trabajo entre las empresas y los trabajadores y trabajadoras de los centros de trabajo, de titularidad privada, y de los servicios de atención a personas con discapacidad que tienen por objeto la atención, diagnóstico, rehabilitación, formación, educación, promoción e integración laboral de personas con discapacidad física, psíquica o sensorial, independientemente de la fórmula de financiación de las plazas disponibles (concertadas, subvencionadas, totalmente privadas o mixtas) así como las asociaciones e instituciones constituidas con esa finalidad.

2. También afectará a todos los centros de trabajo de titularidad pública gestionados por empresas, fundaciones o asociaciones de carácter privado con ese mismo ámbito funcional. Se incluirán en este ámbito todas las empresas y centros de trabajo de titularidad privada que presten cualquiera de los servicios concedidos por las administraciones correspondientes a personas con discapacidad en aplicación de la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

3. A los efectos de la consideración particularizada de los distintos tipos de empresas y centros objeto de este convenio, que requieren condiciones laborales diferenciadas, la estructura del mismo considera las disposiciones aplicables a cada uno de los centros y empresas en función de la siguiente tipología:

A) Centros o empresas de atención especializada.

A los efectos de este convenio, se entiende por centros de atención especializada a personas con discapacidad aquellos que, prescindiendo de la naturaleza, tipo o carácter de la entidad propietaria, tienen por objeto la atención, asistencia, formación, rehabilitación y promoción de personas con problemas y alteraciones de tipo físico, sensorial, psíquico, caracteriológico, de personalidad o trastornos de conducta social, así como las instituciones y asociaciones constituidas con esta finalidad.

Se consideran incluidos en esta tipología los centros y servicios siguientes:



- Centros de día de atención temprana para personas con discapacidad o con riesgo de padecerla.
- Centros de estimulación precoz para personas con discapacidad o con riesgo de padecerla.
- Centros ambulatorios de atención temprana para personas con discapacidad o con riesgo de padecerla.
- Residencias y pisos o viviendas tutelados para personas con discapacidad.
- Centros y talleres ocupacionales o de terapia ocupacional para personas con discapacidad.
- Centros de día o de estancia diurna para personas con discapacidad.
- Centros y servicios de respiro familiar para personas con discapacidad.
- Servicios de atención domiciliaria para personas con discapacidad.
- Centros y servicios de ocio y tiempo libre inclusivo para personas con discapacidad.
- Instituciones, fundaciones y asociaciones de atención a las personas con discapacidad.
- Centros de rehabilitación e integración social de enfermos mentales.
- Centros de rehabilitación psicosocial para personas con discapacidad.
- Centros específicos de enfermos mentales.
- Centros de día de enfermos mentales.
- Centros de rehabilitación e inserción laboral para personas con discapacidad
- Viviendas tuteladas de enfermos mentales.
- Instituciones, fundaciones y asociaciones para personas con daño cerebral sobrevenido.
- Centros de día para personas con daño cerebral sobrevenido.
- Residencias para personas con daño cerebral sobrevenido.
- Fundaciones y entidades que desempeñan la tutela, curatela u otros apoyos establecidos por decisión judicial, de personas con discapacidad.
- B) Centros específicos de educación especial.
- C) Centros especiales de empleo.

1. La relación efectuada no se entiende cerrada, de tal forma que se considerarán incluidos en el ámbito de aplicación del convenio cualquier otro centro o entidad que, exista o se cree y tenga por objeto y finalidad la atención y asistencia de personas con discapacidad, con independencia de que sean sostenidos o no con fondos públicos, debiendo adscribirse a cada una de las tres tipologías tipificadas en este artículo en función de la naturaleza de su actividad, por asimilación a las que corresponden a los expresados en cada una de ellas.

2. Asimismo, el ámbito del presente convenio incluye a aquellas empresas y a todos sus centros de trabajo que, sin estar incluidas explícitamente en la anterior relación, tengan como actividad principal la atención a personas con discapacidad en alguna de las facetas relacionadas en el párrafo anterior, de acuerdo con el principio de unidad de empresa.

3. Se faculta a la comisión paritaria de este convenio colectivo general para que incorpore a esta relación aquellos otros centros o servicios que pudieran constituirse siempre que su actividad quede comprendida en la definición del ámbito funcional de este convenio"

y no plantea dudas que PROCOLE no está incluido en el ámbito funcional del convenio , por lo que no le es de aplicación ni el art. 27 ni el resto del articulado de la norma colectiva indicada , por lo que el primer motivo del recurso no puede tener favorable acogida sin que las sentencias citadas como infringidas se refieran a supuestos como el que nos ocupa siendo la mayoría de ellas de otros TTSSJJ .

TERCERO . - En su segundo motivo del recurso también con amparo en la letra c de la LRJS se invoca vulneración del art. 44 del ET que también aparece citado en el primer motivo al ponerlo en relación con el art 27 del CC confundiendo la subrogación convencional con la subrogación legal por sucesión de empresa , sin que antes se analizara ya que no se aludía a la sucesión de empresa sino a la adjudicación de la contrata .

A este motivo de recurso también se oponen la trabajadora y empresa recurridas por entender que no se está en un supuesto de sucesión de empresa al no existir elementos materiales ni productivos objeto de transmisión y mantener la trabajadora que sus compañeras en el centro de trabajo no fueron objeto de subrogación y siguen trabajando en ASPRONA .



Señala el art 44 del TRET : 1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará 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, esencial o accesoria.

3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.

4. Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.

Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

5. Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad.

6. El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad, de los siguientes extremos:

- a) Fecha prevista de la transmisión.
- b) Motivos de la transmisión.
- c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión.
- d) Medidas previstas respecto de los trabajadores.

7. De no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión.

8. El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión.

En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos.

9. El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho periodo de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del periodo de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4.

10. Las obligaciones de información y consulta establecidas en este artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios cedente y cesionario o por las empresas que ejerzan el control sobre ellos. Cualquier justificación de aquellos basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto".



Aquí no estamos ante una transmisión sino ante la sucesión de adjudicatarias de un servicio sin que haya entidad que mantenga la identidad a la que alude el n 2 del citado precepto pues no hay transmisión de medios organizados porque el comedor pertenece al Ayuntamiento de San Andrés de Rabanedo y no hay transmisión de plantilla pues las otras trabajadoras de Asprona que también trabajaban en ese comedor continúan al servicio de la ahora recurrente .

No hay unidad productiva que mantenga identidad ni desde el punto de vista de los medios materiales ni de los personales. La circunstancia de que el servicio prestado sea el mismo no es suficiente para entender transmisión económica , que ha de ser algo más que una obra determinada pues estamos ante adjudicación de un servicio a empresas a virtud de un pliego de condiciones en el que por otro lado no se obliga a la subrogación de personal . No concurre el requisito objetivo (entrega real de los factores esenciales de la empresa o unidad productiva autónoma que sean capaces de continuar la actividad) y subjetivo (cambio de un empresario por otro), necesarios para que su produzca la sucesión empresarial por aplicación del *artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores* . Se dispone en este precepto que *el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente (núm. 1), considerándose en el núm. 2 que a los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará 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, esencial o accesoria .*

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo en múltiples sentencias, entre otras la de fecha 28 de febrero de 2013 (rec. 542/12) ha manifestado lo siguiente respecto a la sucesión de empresas: "*Ladoctrina de esta Sala al respecto, a partir de las sentencias de 20y27 de octubre de 2004(R. 4424/03 y 899/02),reiteradas por las de 29 de mayo y 27 de junio 2008 (3617/06 y 4773/06), que rectificaron tesis anteriores para acomodarlas al criterio que, en aplicación de la Directiva 2001/23, venía manteniendo el TJCE (hoy TJUE) en numerosassentencias (por ejemplo, las de 10-12- 1998, casos Sánchez Hidalgo Hernández Vidal, 25-1-2001, caso Liikeene, 24- 1-2002 , caso Temco Service Industries , y 13-9-2007, caso Jouini), muy relacionada siempre con la actividad transmitida, y recogida con claridad, entre otras, en nuestras sentencias de 17y27 de junio de 2008(R. 4426/06 y 4773/06),28 de abril de 2009 (R. 4614/07),12 de julio de 2010 (2300/09) y 7 de diciembre de 2011 (R. 4665/10), en lo que aquí interesa, puede resumirse así:*

a) *Lo determinante, para saber si se produce o no una sucesión empresarial, no depende tanto de que el nuevo empresario, el que continúa la actividad, sea o no propietario de los elementos patrimoniales necesarios para su desarrollo, y al margen también de que existiera o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, lo decisivo, decíamos, es que se produzca realmente un **cambio de titularidad de la empresa** , centro de trabajo o unidad productiva autónoma y que la transmisión afecte a una entidad económica que continúe manteniendo su propia identidad.*

b) *En aquellos sectores (por ejemplo, limpieza, y vigilancia y seguridad) en los que la actividad suele descansar fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera esa actividad común, puede constituir una entidad económica que mantenga su identidad cuando se produce la transmisión y el nuevo empresario, quizá salvo que se trate del principal (STS 27-6-2008 , citada), no sólo continua con la actividad de la que se trata sino que también se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la **plantilla** del anterior.*

c) *Por contra, si la actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige de instalaciones o importantes elementos materiales, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número significativo de los empleados por el anterior, no se considera que haya sucesión de empresa si al tiempo no se transmiten aquellos elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad ..."*

También el Tribunal Supremo ha señalado (sentencia de 14 de abril de 2016, rcud. 148/15) que la interpretación del *artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores* ha de realizarse, tal como reiteradamente ha venido señalando la jurisprudencia de la Sala, a la luz de la normativa 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. Sigue diciendo la Sala Cuarta que la normativa examinada 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, 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 qué 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 (artículo 1.b de la Directiva). Para el Tribunal Supremo el elemento relevante para resolver si existe 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 ésta 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, Süzen, 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 19956, Rygaard, C-4888/94), infiriéndose 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 Süzen 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 Süzen antes citado).

En este caso, ya lo dice el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, nos hallamos ante una actividad : servicio de comedor municipal en la que lo esencial no son las personas sino que tienen una importancia trascendental los medios materiales que es del propio Ayuntamiento que externaliza el servicio y lo adjudica a través del procedimiento de contratación correspondiente .

Ha señalado esta Sala de lo Social de Valladolid (así en sentencia de 15 de abril de 2015, rec. 95/15) que en algunas actividades los elementos materiales contribuyen de forma importante al ejercicio de la actividad, de tal manera que el hecho de que no se transmitan del antiguo al nuevo empresario en una medida significativa dichos elementos, que son indispensables para el buen funcionamiento de la entidad, debe conducir a considerar que ésta no conserva su identidad. Aquí no consta transmisión de elemento material alguno sino sucesión de contratos y si estamos al elemento personal tampoco se ha producido sucesión de plantilla con las consecuencias que la aplicación de la citada doctrina del TJUE , por el contrario : el propio recurrente pretende justificar porqué se pretende la subrogación de la trabajadora recurrida y no la de otras del mismo centro , sin que proceda ahora detenernos si se incurre en discriminación por las razones alegadas por la causa de la discapacidad de cada una de ellas , diferenciación que no sostiene ni justifica , por lo que el segundo motivo del recurso tampoco puede tener favorable acogida al no ponerse de manifiesto infracción legal o jurisprudencial.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social , procede imponer las costas del recurso a la parte vencida, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del graduado social y del letrado que impugnaron el recurso, los cuales se fijan, a los meros efectos de la condena en costas y sin prejuzgar los que contractualmente correspondan al mismo por la relación con su cliente, en 300 euros cada uno . Igualmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social , debe decretarse la pérdida del depósito constituido para recurrir conforme al artículo 229 de la misma Ley y disponerse la pérdida de las consignaciones y el mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubiesen prestado conforme al artículo 230 de la misma Ley , hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, si procediese, la realización de los mismos.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

Por lo expuesto y

EN **NO** MBRE DEL REY

FALLAMOS



Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por ASOCIACIÓN PROTECTORA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL O DEL DESARROLLO (ASPRONA-LEON) contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de León (autos 680/17) de fecha 11 de abril de 2018 dictada en virtud de demanda promovida por D^a. Otilia contra referida recurrente y contra PRODUCTOS DE COCINA LEONESA, S.L. (PROCOLE) y el AYUTAMIENTO DE SAN ANDRÉS DEL RABANEDO sobre DESPIDO y, en consecuencia, confirmamos el fallo de instancia. Se imponen a la parte recurrente las costas del recurso, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado y graduado social de la parte contraria que actuaron en el recurso, los cuales se fijan a estos efectos en 300 euros. Se decreta igualmente la pérdida del depósito constituido para recurrir y la pérdida de las consignaciones y/o el mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubiesen prestado, hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, si procediese, la realización de los mismos.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.

Se advierte que contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de 600,00 euros en la cuenta núm. 4636 0000 66 Rec. 2016/18 abierta a nombre de la Sección 1 de las Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal de Valladolid del Banco SANTANDER, acreditando el ingreso.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria desde otras entidades o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0049 3569 92 0005001274, código IBAN ES55, y en el campo concepto deberá contener los 16 dígitos que corresponden a la cuenta expediente indicado en el apartado anterior.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 221 en relación con el 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Firme que sea esta Sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de aquella al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.