



Roj: **STSJ GAL 8159/2014 - ECLI:ES:TSJGAL:2014:8159**

Id Cendoj: **15030340012014104788**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **12/12/2014**

Nº de Recurso: **3558/2014**

Nº de Resolución: **6238/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MANUEL DOMINGUEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 15078 44 4 2013 0002990

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0003558 /2014. BC

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001021 /2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de SANTIAGO DE COMPOSTELA

Recurrente/s: CLECE,S.A.

Abogado/a: MONICA VALIÑO SUAREZ

Recurrido/s: SERVICIOS Y MATERIALES,SA, Sara , CONCELLO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA (A CORUÑA)

Abogado/a: RAQUEL PAZOS ALLER, PEDRO BLANCO LOBEIRAS , FRANCISCO JAVIER YAÑEZ VILAS

ILTMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. MANUEL DOMÍNGUEZ LÓPEZ

D^a. MARÍA ANTONIA REY EIBE

D^a. ISABEL OLMOS PARÉS

En A CORUÑA, a doce de Diciembre de dos mil catorce.

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 NO MBRE 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 0003558/2014, formalizado por la LETRADA D^a MÓNICA VALIÑO SUÁREZ, en nombre y representación de CLECE, S.A., contra la sentencia número 216/2014 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001021/2013, seguidos a instancia de Sara frente a SERVICIOS Y MATERIALES,SA, CLECE,S.A., CONCELLO DE SANTIAGO



DE COMPOSTELA (A CORUÑA), siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª MANUEL DOMÍNGUEZ LÓPEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Dª Sara presentó demanda contra SERVICIOS Y MATERIALES,SA, CLECE,S.A., CONCELLO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA (A CORUÑA), siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 216/2014, de fecha seis de Mayo de dos mil catorce .

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

Primero.- La demandante Dª Sara prestó servicios para SERMASA en virtud de los siguientes contratos: .- Contrato de duración determinada a tiempo parcial, eventual por circunstancias de la producción, celebrado en fecha 29.01.2009 con la categoría profesional de Directora Pedagógica, con una duración prevista de 29.01.2009 a fin de contrato para la realización de la prestación de servicios consistentes en labores s/ categoría escuelas municipales infantiles. (doc. nº 1 del ramo de prueba de SERMASA y nº 1 de la actora) .- Conversión de contrato temporal (el anterior) en

contrato indefinido en fecha 1 de septiembre de 2010. (doc. nº 1 del ramo de prueba de SERMASA y doc. nº 2 de la actora) Segundo.- La actora percibía un salario de 2.098,32 euros, incluidas pagas extraordinarias (doc. 00 2 del ramo de prueba de SERMASA y doc. 00 4 de la actora) Tercero.- En las nominas aportadas por Sermasa, como doc. nº 2 del ramo de prueba de dicha entidad, consta como antigüedad de la actora 01.10.2002. La junta del Gobierno Local en sesión celebrada el día 15 de noviembre de 2004, se adoptó entre otros el siguiente acuerdo: "propuesta da Conselleira Delegada de Educación relativa al nombramiento del Director de la Escuela Infantil de Conxo": conforme a dicha propuesta la Junta de Gobierno Local acuerda el nombramiento como directora de la escuela infantil municipal de Conxo a Dª Sara (doc. nº 10 del ramo de prueba de Sermasa y doc. nº 5 del ramo de prueba de la demandante). Consta en autos en el mismo doc. nº 10 BOP nº 184 art.13 donde se recoge la facultad de la Alcaldía del nombramiento de la Dirección de la EIM dew CONxo Cuarto.- SERMASA procedió a dar de baja a la actora en fecha 28.09.2013 (informe de vida laboral expedido por el Juzgado). Quinto.- La Xunta de Gobierno Local (doc. nº 5 del ramo de prueba de la actora) en sesión celebrada el día 5 de noviembre de 2004 adopto entre otros los siguientes acuerdos: 32.- proposta da Concelleira de Educación relativa ó nomeamento do director da Escola Infantil de Conxo. Consonte cosa proposta da Concelleira Delegada de Educación a Xunta de Gobierno Local acorda ó nomeamento como directora da escola municipal de Conxo a Dª Sara . Sexto.- El día 29 de enero de 2009, se celebrou contrato administrativo para la gestión por concesión Administrativa del servicio público de la escuela infantil municipal de Conxo, entre Seramsa y el Concello. (doc. nº 5 del ramo de prueba de SERMASA). El día 29 de enero de 2009, se celebrou contrato administrativo para la gestión por concesión Administrativa del servicio plúblico de la escuela infantil municipal de Fontiñas, entre Seramsa y el Concello. (doc. nº 6 del ramo de prueba de SERMASA) Séptimo.- Consta en autos pliego de condiciones administrativas particulares para la contratación, mediante procedimiento abierto de gestión del servicio público de la escuela infantil municipal de Conxo y Fontiñas (doc. nº 7 del ramo de prueba de SERMASA, doc. nº 12 del ramo de prueba de la actora y doc. nº 3 de Clece), en el mismo se señala. En dicho Pliego se hacen constar, entre otras, las siguientes condiciones: el objeto del contrato es la ejecución del contrato de Gestión del Servicio de las Escuelas Infantiles Municipales de Conxo y Fontiñas, durante dos años a contar desde el día en que se estipule en el contrato. En el punto 21. OBRIGACIONES DO CONTRATISTA. SUBROGACION DO PERSOAL: A subrogación do persoal de cada unha das escolas realizárase nos termos previstos na normativa laboral de aplicación. A regulamentación del personal subrogado efectuarase tendo en conta os convejos colectivos vixentes do persoal afectado". Octavo.- Consta en autos pliego de prescripciones técnicas para la contratación, mediante procedimiento abierto de gestión del servicio público de la escuela infantil municipal de Conxo y Fontinas (doc. nº 10 del ramo de prueba de la actora). En el mismo se exige que como mínimo se dispondrá del siguiente personal: 1 persona que actuara como coordinador pedagógico y organizativo de las dos escuelas que deberá de tener alguna de las siguientes educaciones: licenciado en pedagogía y psicopedagogía o maestra especialista en educación infantil o equivalente. 14 personas como personal de atención, dedicado a funciones educativas y de atención directa a los niños y niñas que deberán estar en posesión de alguna de las siguientes titulaciones: Licenciado en pedagogía o psicopedagogía, Maestra especialista en educación infantil o equivalente, Técnico superior en educación infantil. La directora pedagógica del centro podrá recaer en alguno de los miembros del personal con la titulación de licenciada o maestra especialista en educación infantil. 4 personas como personal de apoyo a la atención o cuidado de los niñas y niñas que deberá de estar en posesión de alguna de las titulaciones anteriores o de las siguientes: Técnico en atención sociosanitaria, técnico superior en animación sociocultural, técnico



en cuidados auxiliares de enfermería, diplomado en puericultura reconocido por la Consellería de Sanidad o aquellas otras reconocidas como apropiadas por el órgano competente en la autorización del centro. Dos cocineros... Otro personal de servicio que se considere necesario... Asimismo, para la ejecución del contrato, se señala que el Concello entregara una dotación de mobiliario y equipamiento para el desenvolvimiento de la actividad que se especifica en el Anexo I (relación de mobiliario de las escuelas). Noveno.- Es de aplicación el Convenio Colectivo de Ámbito Estatal de centros Asistencia y Educación Infantil (doc. n° 11 del ramo de prueba de la actora y doc. no 8 del ramo de prueba de Clece) Décimo.- Consta en autos como doc. n° 9 del ramo de prueba de la actora Informe Económico para la contratación por concurso y procedimiento abierto de la gestión del servicio de las escuelas infantiles municipales de Conxo y Fontiñas de fecha 19 de noviembre de 2012, cuyo contenido de da íntegramente por reproducido en el que se hace referencia en gastos de personal "7 persoas como persoal de atención, dedicación a funciones educativas e de atención directa aos/ás nenos/as", así mismo se indica que "tendo en conta que o persoal que ven prestando os seus servizos nesta escola deberá ser subrogado, inclúense os custes de antigüedad, absentismo e vacacions". Undécimo.- Consta en autos doc. n° 13 del ramo de prueba de la actora, informe del departamento de educación de fecha 28 de noviembre de 2013, en materia de personal se senala: "tendo en conta que o persoal que viña prestando os seus servizos nestas escolas debería de ser subrogado, o informe económico incluye os custos de antigüedad, absentismo e vacacions, ademais da xornada, salario bruto, seguridade social, custo mensual, custo anual, número de persoas a subrogar e custe total". Se señala en el informe que "na proposición presentada pola empresa CLECE relative aos criterios de adxudicación non avaliábles mediante cifras ou porcentaxes para a licitación mediante procedemento aberto, da contratación de xestión do servizo das escolas infantís municipais de Conxo e das Fontiñas CON/105/2012 (sobre 2), sinalase na paxina 9, apartado C Características do persoal que traballa no centro 1. Numero e funciones o seguinte: Clece se compromete a la subrogación de la actual plantilla adscrita 1 servicio". Concluye que: "incumpre diversas obrigas contractuais relevantes e esas infraccións afectan seriamente á execución do contrato...". Duodécimo.- Por parte de Clece se aporta como doc. n° 2 de su ramo de prueba documentación entregada per Sermasa respecto de la actora que Clece no subrogo. Sermasa aporta como doc. n° 8, relación del personal que prestaba servicios en la escuela infantil municipal. Décimo Tercero.- Por resolución de fecha 17 de septiembre de 2013 se adjudica a Clece la Gestión por concesión administrativa del servicio público de las escuelas infantiles municipales de Conxo y Fontinas (doc. n° 1 del ramo de prueba de Clece). Décimo Cuarto.- Clece contrato en virtud de un contrato de trabajo indefinido ordinario de fecha 1 de diciembre de 2013 a Regina como coordinadora pedagógica Décimo Quinto.- El jefe del Departamento de Educación informa en escrito de fecha 7 de abril de 2013, que la actora ejerció funciones de coordinadora de la escuela infantil de Mixonfrio Salgueiriños hasta el 28 de septiembre de 2013. Décimo Sexto.- La actora insto acto de conciliación ante el SMAC impugnando su despido, que se celebró el 24 de octubre de 2013, en virtud de papeleta presentada en fecha 10 de octubre de 2013 y que finalizó con el resultado de sin avenencia. Décimo Séptimo.- La trabajadora no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa ni representante sindical. Décimo Octavo.- Según pliego de prescripciones técnicas de las escuelas de Conxo y Fontiñas entre el personal figura: Directora pedagógica, antigüedad 1/10/2002, contrato 189, jornada 100% Ad Personam 11.800 E. Según pliego de prescripciones técnicas de la escuela municipal de Salgueiriños entre el personal figura: Directora pedagógica, antigüedad 1/10/2002, jornada 100%, Ad Personam anual 11.800 E. Décimo Noveno.- Clece contrato para el ejercicio de las funciones de coordinadora pedagógica incluida en el grupo de Directora pedagógica a D^a Regina en virtud de un contrato de trabajo indefinido de fecha 1 de diciembre de 2013 (doc. no 6 de su ramo de prueba).

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

FALLO: Que ESTIMANDO la demanda presentada a instancia de D^a Sara , representada por el Letrado Sr. Blanco LoberiaS, contra SERVICIOS Y MATERIALES SA (en adelante SERMASA) representada por el Sr. Tutor Lemos y asistida por la Letrada Sra. Pazos Aller, contra CLECE SA, asistida y representada por la Letrada Sra. Valiño Suárez, y contra el CONCELLO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, representado por el Procurador Sr. Pérez Goris y asistido por el Letrado Sr. Yáñez Vilas, sobre DESPIDO, y debo declarar y declaro la improcedencia del despido, con condena de la entidad Clece a que readmita inmediatamente a la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación (calculados a razón de 68,98 /día) o bien, a elección del empresario, a la extinción de la relación laboral con abono de la cantidad de 32.506,82 euros, en concepto de indemnización. Dicha opción deberá ejercitarse en 5 días a partir de la notificación de esta sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado. Transcurrido dicho término, sin que el empresario hubiese optado, se entenderá que procede la readmisión. Debo absolver y absuelvo a las demás demandadas de todas las pedimentos efectuado en su contra.

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



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la parte demandada, CLECE S.A., la sentencia de instancia, que acogió la demanda rectora de los autos, solicitando la revocación de la misma y la desestimación de las pretensiones en su contra deducidas para lo cual, con amparo en el art. 193.b) LRJS, insta la revisión del relato fáctico al objeto de que se modifiquen los ordinales 1º), 2º), 3º), 4º) y 18º) para que reciban la siguiente redacción:

PRIMERO: "La demandante D^a. Sara prestó servicios para SERMASA en virtud de los siguientes contratos: -Contrato de duración determinada a tiempo completo, obra o servicio determinado, celebrado en fecha 29.01.2009 con la categoría profesional de Directora Pedagógica, con una duración prevista de 29.01.2009 a fin de contrato para la realización de la prestación de servicios consistentes en labores s/categoría escuelas municipales infantiles. (doc. N° 1 del ramo de prueba de SERMASA y n° 1 de la actora). -Conversión de contrato temporal (el anterior) en contrato indefinido en fecha 1 de septiembre de 2010 (doc n° 1 del ramo de prueba de SERMASA y n°1 de la actora)." La modificación que se insta es la relativa a la naturaleza de tiempo completo y obra o servicio determinado, modificación que ha de aceptarse pues así resulta del tenor literal del documento que se invoca, contrato, lo cual admite la actora en la impugnación del recurso.

SEGUNDO: "La actora percibía un salario de 2.098,32 euros, incluidas pagas extraordinarias distribuido en los siguientes conceptos e importes: salario base (1.397,54 E), antigüedad (89,19 E), plus categoría (242,19), gratificación (480) y plus transporte (116,20)". Cita en su apoyo los Doc. N° 2 del ramo de prueba de SERMASA, doc. N° 4 de la actora y doc. N° 2 de CLECE". Si bien así resulta de los documentos que se invocan, resultan intrascendentes para resolver, los conceptos que integran la retribución salarial, ya que no existe denuncia normativa alguna en relación con el salario regulador de la indemnización.

TERCERO: "A pesar de que en las nóminas aportadas por SERMASA, como doc. N° 2 del ramo de prueba de dicha entidad, consta como antigüedad de la actora 01.10.2002, según la consulta de Vida Laboral de la TGSS expedido por el Juzgado consta que en dicha fecha, 01. 10.2002, la actora era autónoma en el Régimen de la SS. La junta de Gobierno Local en sesión celebrada el día 15 de noviembre de 2004, fecha en la que la actora era autónoma en el Régimen de la SS se adoptó entre otros el siguiente acuerdo: "propuesta da Conselleira Delegada de Educación relativa al nombramiento del Director de la Escuela Infantil de Conxo". Conforme a dicha propuesta la Junta de Gobierno Local acuerda el nombramiento como Directora de la escuela infantil municipal de Conxo a D^a Sara "; cita en su apoyo la vida laboral de TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. El objeto de la revisión consiste en introducir en el relato fáctico una fecha en la cual la actora se hallaba de alta en RETA, lo que podría trascender, así se pretende en sede jurídica, a la indemnización por despido, en consecuencia se admite la adición que se propone.

CUARTO: "SERMASA procedió a dar de baja a la actora en fecha 28.09.2013 y desde el 20.12.2013 hasta la actualidad la actora presta sus servicios para SERMASA en virtud de un contrato indefinido a jornada completa"; cita en su apoyo el informe de vida laboral expedido por el Juzgado.

Se admite la modificación por cuanto así resulta de dicho documento pudiendo ser trascendente a efectos de salarios de tramitación para el supuesto de readmisión.

DECIMO OCTAVO: "Según la relación de personal que la empresa SERVICIOS Y MATERIALES, SA entregó con motivo de la pública licitación de la gestión de las escuelas de Conxo y Fontiñas entre el personal figura: Directora pedagógica, antigüedad 1/10/2002, contrato 189, jornada 100%, Ad personam I1. 800 . Según la relación de personal que la empresa SERVICIOS Y MATERIALES, SA entregó con motivo de la pública licitación de la gestión de la escuela de Salgueriños entre el personal figura: Directora pedagógica, antigüedad 1/10/2002, contrato 189, jornada 100%, Ad personaN 11.800 . Y en esta relación se indica que la Directora Pedagógica en esta Escuela Infantil computa al 33,33% de su jornada". Cita en sustento de tal propuesta los documentos 3 y 4 del ramo de prueba de la recurrente. Se admite por cuanto así resulta de los documentos que se invocan f.208 y 245.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 193.c) LRJS, denuncia como infringido el art. A) En primer lugar infracción del art. 8 del XI convenio colectivo de ámbito Estatal de centros de asistencia y educación infantil, argumentando que la categoría de la actora de Directora pedagógica formaba parte el personal directivo de SERMASA; B) En segundo lugar se denuncia la infracción del art. 44 LET argumentando, en esencia, que no cabe la subrogación de personal directivo ya que la empresa saliente gestionaba tres escuelas infantiles y la recurrente solo se subrogó en dos de ellas, permaneciendo la anterior empleadora con la tercera y contratando a la actora con posterioridad para gestionar la misma, por lo que estima que la actora no es empleada en sentido estricto de los centros de trabajo asumidos sino de la empresa SERMASA. C) En tercer lugar se denuncia la infracción del art. 56 LET para que en todo caso la indemnización se determine en función de los años como trabajadora efectiva, excluyendo los de autónoma, sin atender a la antigüedad reconocida en nómina por la empresa saliente, esto es solo la antigüedad desde 29/1/2009 a efectos indemnizatorios.



Los dos primeros motivos de recurso tienen la misma finalidad, esto es, que la actora es personal fijo/directivo de la empresa saliente SERMASA y que por lo tanto no existe obligación de subrogación por parte de CLECE, empresa entrante, en el servicio o, subsidiariamente, que tal subrogación solo puede ser del 66% de la jornada y retribución de la actora en tanto en cuanto prestaba servicios para tres centros de trabajo y en el tercero, no contratado por la recurrente, tenía un 33% de su jornada de trabajo. Sobre la sucesión de contrata y la obligación de la empresa entrante de subrogarse en los contratos de los trabajadores que prestaban sus servicios en la empresa saliente la doctrina viene señalando, entre otras en STS 19/12/2012, que "La tradición jurídica de esta Sala ha exigido en la interpretación y aplicación del art. 44 ET que concurrieran los dos elementos o requisitos, subjetivo y objetivo, consistentes respectivamente en la sustitución de un empresario por otro en una misma actividad empresarial y en la transmisión del primero al segundo por cualquiera de los medios admitidos en derecho, de los elementos patrimoniales necesarios para continuar la actividad empresarial - por todas SSTs 3-10-1998 (Rec.-5067/97), 15-4-1999 (Rec.-734/98), 25-2-02 (Rec.-4293/00), 19-6-02 (Rec.-4225/00), 12-12-2002 (Rec.- 764/02), 11-3-2003 (Rec.-2252/02) con cita de otras muchas anteriores -, aun cuando en relación con la necesidad de transmitir elementos patrimoniales se haya introducido recientemente una modificación de criterios en relación con las empresas de servicios en aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas - STS 27-10-2004 (Rec.-899/2002) -. En relación con ello procede constatar que el indicado Tribunal comunitario ha señalado como elemento fundamental para determinar si existe o no sucesión empresarial el de que se haya transmitido una entidad económica organizada de forma estable, o sea, que se haya producido la transmisión de un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objeto propio y cómo la realidad de aquella transmisión garantista puede deducirse no solo de la transmisión de elementos patrimoniales sino del hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, que se haya transmitido o no la clientela o del grado de analogía entre las actividades ejercitadas antes y después de la transmisión - SSTJCE 18-3-1986, Asunto Spijkero 19-5-1992, Asunto Stichting, 10-12-1998 Asunto Sánchez Hidalgo, 2-12-1999 Asunto Alleny otros, 24-1-2002 Asunto Temco, entre otras -. En definitiva, hoy lo importante y trascendental es que se haya producido aquella sustitución subjetiva de empresarios o entidades, lo que habrá que concretar en cada caso a partir de las particulares circunstancias concurrentes", doctrina plenamente aplicable al presente supuesto en relación con el personal que prestaba sus servicios en las dos guarderías infantiles, CONXO y FONTIÑAS, que le fueron adjudicadas a CLECE, siendo así que el pliego de condiciones de la contrata impone asumir el personal que presta sus servicios en los centros de trabajo cuya concesión se adjudica, por lo tanto, la sucesión viene impuesta por el pliego de condiciones, no por el convenio que nada prevé ni por el art. 44 LET en su interpretación estricta sino por la conjunción de aquel pliego y la normativa Comunitaria que amplía el concepto de sucesión, más la cuestión debatida presenta en el caso concreto un nuevo perfil, que ha de ir diferido hacia dos extremos, uno, la identidad de la contrata en relación con la actora y otro la condición de la actora dentro de la empresa saliente.

Los dos aspectos del perfil anunciados surgen de los siguientes datos: 1º) Que la actora es directora pedagógica y tal categoría aparece recogida dentro del convenio nacional aplicable como personal directivo (art. 8 del convenio). 2º) Que la empresa saliente tenía la contrata de tres guarderías, CONXO, FONTIÑAS Y SALGUEIRIÑOS de las cuales la actora era la directora pedagógica; 3º) Que la guardería de SALGUEIRIÑOS le fue adjudicada a SERMASA empresa saliente en las otras dos y que contrató con posterioridad a la actora. 4º) Del examen complementario de actuaciones, se observa que como anexo al contrato de trabajo de la actora se pacta la entrega de un teléfono móvil de empresa para estar en contacto en todo momento y un coche para poder trasladarse tanto desde su domicilio hasta el centro de trabajo como de una escuela a otra (f179), documento que forma parte del contrato. Con estos datos hemos de considerar que la actora no es trabajadora de los centros de trabajo objeto de concesión, Conxo y Fontiñas, sino que es directiva de la empresa SERMASA y por lo tanto no es personal de dichos centros de trabajo sino fijo de la empresa saliente, así debe deducirse del hecho de que, de una parte, se imputa a dicha trabajadora en los centros de trabajo objeto de este pleito un 50% de jornada, no obstante y tal como se ha declarado probado también se imputa un 33% de jornada en el centro de Salgueiriños del cual mantiene la concesión SERMASA y para el cual ha contratado a jornada completa a la actora, igualmente, no se aporta por la actora ni por SERMASA el anexo del contrato por el cual se facilitan medios materiales a la actora por SERMASA, medios que no pertenecen a ninguno de los centros objeto de transmisión sino que se le facilitan para el contacto permanente con SERMASA y para los desplazamientos desde domicilio y entre los centros de trabajo que SERMASA gestionaba, por lo tanto, se estima que dicha trabajadora no forma parte de la plantilla de CONXO y FONTIÑAS sino de la plantilla de SERMASA, es decir, la actora es personal de estructura o de plantilla de la empresa SERMASA y no personal adscrito a la concesión sucedida y como tal ha de permanecer en la empresa saliente, por lo que respecto de la actora no se ha existido sucesión empresarial ni legal ex artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores ni convencional por la vía del pliego de condiciones de la contrata, careciendo de toda justificación el cese de la actora so pretexto de una sucesión empresarial inexistente, [en similar sentido STSJ Las Palmas 16/5/11], por ello tal acto extintivo ha



de ser calificado necesariamente como despido improcedente, con todas las consecuencias inherentes a tal declaración, las cuales han de recaer exclusivamente sobre la empresa saliente del servicio y codemandada SERMASA, acogiéndose el recurso de CLECE y revocándose la resolución de instancia en tal aspecto.

TERCERO.- La estimación del recurso conlleva la devolución del depósito constituido para recurrir así como que se cancelen los aseguramientos prestados una vez firme esta resolución. (art. 204 LRJS). Sin costas

Por todo lo expuesto,

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de suplicación formulado por CLECE S.A contra la sentencia dictada el 6/5/2014 por el Juzgado de lo Social N° 1 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en autos N° 1021-2013 sobre DESPIDO seguidos a instancias de Sara contra la recurrente y SERVICIOS Y MATERIALES SA (SERMASA) Y contra el CONCELLO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA y con revocación de dicha resolución absolvemos la demanda rectora de los autos a CLECE, manteniendo la declaración de improcedencia del despido y declarando la responsabilidad exclusiva de SERMASA a quien se condena a que en término de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre readmitir a la actora o indemnizarle en la suma 32.506,82 por la extinción de su contrato, así como al abono de los salarios de tramitación a razón de 68'98 día, para el caso de readmisión, desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a esta sentencia y se acredita lo percibido para su descuento de dichos salarios.

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 n° **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al n° 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.