



Roj: **STSJ M 385/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:385**

Id Cendoj: **28079340052015100010**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **26/01/2015**

Nº de Recurso: **627/2014**

Nº de Resolución: **46/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rec. 627/2014 -Ag-

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , 914931935 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

**NIG** : 28.079.00.4-2013/0054220

**Procedimiento Recurso de Suplicación 627/2014**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 09 de Madrid Despidos / Ceses en general 1284/2013

**Materia** : Resolución contrato

**Sentencia número: 46**

**Ilmos. Sres**

D./Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

D./Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

D./Dña. ALICIA CATALA PELLON

En Madrid a veintiséis de enero de dos mil quince habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, 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 de Suplicación 627/2014, formalizado por el/la letrado DON EDUARDO DIAZ ABELLAN en nombre y representación de D./Dña. SONNEN SCHULE S.L. , contra la sentencia de fecha 27 de marzo de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 09 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 1284/2013, seguidos a instancia de D./Dña. Patricia frente a SONNEN SCHULE SL y COLEGIO DEL SOL SL,



en reclamación por Resolución contrato, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- D<sup>a</sup> Patricia con DNI n<sup>o</sup> NUM000 venía prestando sus servicios por cuenta de la entidad COLEGIO DEL SOL S.L. desde el día 1 de octubre de 2002, ostentando la categoría de Auxiliar Administrativo y recibiendo como contraprestación un total de 1.112,12 euros brutos mensuales con prorrateo de pagas extras.

El contrato es indefinido y presaba sus servicios en el domicilio social de la empresa sito en la calle Bidasoa 7 de Madrid (28002).

SEGUNDO.- Al adeudarle la mercantil demandada COLEGIO DEL SL S.L. los salarios correspondientes a los meses de octubre 2012 y abril, junio, julio, agosto y septiembre 2013 por importe de 6.450,30 (Hecho Cuarto demanda, folio 2 y 3 cuyo contenido se da íntegramente por reproducido). Presentó demanda ante el SMAC el 12.09.2013, celebrándose sin efecto el acto administrativo el 30.09.2013.

La demanda judicial de Resolución de Contrato de Trabajo por Voluntad del Trabajador y Cantidad fue registrada el 16.10.2013.

TERCERO.- El 13.09.2013 recibe carta de despido fechada el 09.09.2013 del siguiente tenor literal:

"Muy Sra. Nuestra:

Por medio de la presente lamento comunicarle que, en mi calidad de titular de esta empresa, me veo obligada a proceder a la extinción y resolución de la relación laboral que mantiene usted con la misma al amparo de lo dispuesto en el art. 52.c) R.D. Leg. 1/1995 de 24 de marzo 1995 (en adelante ET ) en relación con el art. 51.1 ET , por las causas productivas y económicas que, aun asiendo de sobra conocidas por Vd. pasamos a exponerle y detallarle.

1.- En Mayo del 2013 la entonces directora del Colegio presento su dimisión con un preaviso de 15 días.

2.- Ante esta situación, solicitamos del resto del grupo de profesoras del Colegio un acuerdo para nombrar una nueva Directora y contratar una persona que completara el cuadro docente.

3.- De forma unánime, todas las profesoras me indicaron que preferían posponer ambas decisiones, tanto el nombramiento de una directora como la contratación de una nueva profesora, y ello sin explicar las razones que justificaban tal decisión.

4.- Ante tan sorprendente acuerdo y alarmado además por las múltiples comunicaciones de padres de alumnos que me trasmitían su inquietud derivada de haber recibido tanto de la Directora saliente como de algunas profesoras información sobre su salida del Sonnen Schule y la creación de un colegio, pedí en varias ocasiones tanto verbalmente como por escrito que, aceptando el derecho de cualquier persona decidir sobre su trabajo y la forma de ejercerlo, se me informara de los planes existentes, para poder reaccionar a tiempo, planificar sustituciones, informar a los padres etc... A pesar de mis múltiples peticiones, no obtuve respuesta.

5.- Al no tener respuesta y haberse mantenido todas las profesoras en su puesto de trabajo hasta el 15 de Agosto, ni pude contratar nuevo personal ni informar a los padres de forma verídica respecto de la situación en la que nos encontrábamos, lo que evidentemente era el objetivo de las profesoras y su forma de actuar, toda vez que al no tener tiempo de reacción una vez presentarán su dimisión el 15 de Agosto (empezando el curso el 1 de septiembre) se aseguraban de la imposibilidad de continuidad para el Colegio y con ello maximizaban el número de alumnos que, al no tener opción, pasarían al nuevo Colegio creado por la Directora y las profesoras.

6.- Todo esto, que ha ocurrido tal y como se describe y que está perfectamente documentado (dimisión de la Directora, solicitud de aclaración a las profesoras, negativa a explicar sus verdaderos planes y final dimisión en bloque el día 15 de agosto), no ha tenido otra consecuencia que impedir gire el Colegio del Sol continúe con su actividad, verme obligado a devolver las matriculas pagadas por los padres el año pasado y tener que cerrar un negocio con más de 30 años de antigüedad.



Por tanto, la situación real al comienzo del curso escolar (septiembre) es que esta empresa ha sido privada total y absolutamente y sin apenas tiempo de reacción, tanto de su principal medio de producción (trabajadores-profesores) como de la totalidad de sus "clientes", es decir, de los alumnos. Siendo ésta la única y exclusiva actividad mercantil de la empresa, resulta que Colegio del Sol, S.L. ha quedado impedida materialmente y económicamente para continuar desarrollando su actividad por lo que la única posibilidad es cesar totalmente su actividad.

Todo lo anterior, al amparo de la legislación vigente, constituyen causas de PRODUCCIÓN (al día de hoy no tenemos demanda alguna de nuestros servicios) y pos supuesto, constituyen causas ECONOMICAS (al día de hoy, la empresa no tiene ingresos para continuar la actividad) que constituyen causa para proceder a rescindir su contrato por CAUSAS OBJETIVAS. Para empeorar la situación, hemos tenido que proceder a la devolución de las matrículas que ya se había ingresado en el momento de efectuar las reservas de plazas para el nuevo curso 2013/2014 y hemos tenido que continuar corriendo con los gastos fijos de la actividad hasta este mes de septiembre, lo que nos ha situado en una absoluta falta de liquidez, siendo el saldo en nuestra cuentas corrientes al día de hoy de 0 euros, tal y como podemos acreditarle en caso de que así nos lo solicite, cantidad que, evidentemente, no cubre las obligaciones de pago que derivan de finiquitos, liquidación de arrendamiento etc...

Por tanto, por los motivos y causas expuestos, le notificamos que con efectos desde el día de hoy, 09 de septiembre de 2013 procedemos a la extinción de su contrato de trabajo por DESPIDO OBJETIVO POR CAUSAS DE PRODUCCIÓN Y ECONÓMICAS. Conforme establece el Artículo 53.1.b) ET, tiene Vd. derecho a percibir una indemnización equivalente a veinte días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, y que, salvo error u omisión, asciende a 8.043 euros, en virtud de su salario diario (22,04 euros/día) y de su antigüedad en la empresa (01/10/2002). Siendo esta empresa de menos de 25 trabajadores y al amparo del art. 33.8 ET, el FOGASA, calidad de deudor directo, procederá al abono del 40% de la citada indemnización que corresponde a la cantidad de 3.217,28 euros, equivalente a 8 días de salario por año de servicio. En cuanto al 60% restante (equivalente a 12 días de salario por año de servicio) que asciende a 4.825,92 euros y que corresponde abonar a esta empresa, le manifestamos nuestra más absoluta imposibilidad de proceder a su abono por encontrarnos, tal y como hemos manifestado, en una situación de insolvencia.

Hacemos constar que, por razones obvias, las circunstancias nos han impedido cumplir con el plazo de preaviso de 15 días previsto en el art. 53.1.c) ET, por lo que procederemos a pagarle el salario de esos días correspondiente a la falta de preceptivo preaviso junto con la liquidación de sus derechos económicos devengados y no percibidos hasta hoy, según la propuesta de liquidación y finiquito que le adjuntamos con la presente.

Por último, y en relación a lo previsto por el art. 53.1.c) ET, hacemos constar que la empresa no cuenta con representación legal de los trabajadores.

Le manifestamos nuestro más profundo pesar por la presente situación. Atentamente".

CUARTO.- El 19.09.2013 presenta demanda ante el SMAC frente al COLEGIO DEL SOL S.L. y SONNEN SCHULE SL, celebrándose sin efecto el 04.10.2013

Presentado la demanda judicial el 21.10.2013 y repartida al Juzgado de lo Social nº 24 fue acumulada a los Autos de Resolución de Contrato por Voluntad del Trabajador y Cantidad seguidos ante este juzgado con el nº 1284/2013 por Auto de fecha 06.02.2014.

QUINTO.- No consta la situación económica y productiva que describe la carta de despido.

Los Doc. 3 y 4 ramo prueba actora cuyo contenido se da íntegramente por reproducido recoge la información mercantil de las codemandadas COLEGIO DEL SOL S.L. y SONNEN SCHULE SL.

Ambas mercantiles se dedican a la misma actividad: Enseñanza preescolar (Ahora Educación Infantil) dirigida a los futuros alumnos del Colegio Alemán, situado en la Avenida de Concha Espina, 32 a escasos 400 metros de la Calle Bidasoa, 7.

Desde su inicio el COLEGIO DEL SOL S.L. se anuncio como SONNEN SCHULE SL (Colegio del Sol en idioma Alemán); y estaba reconocido como centro docente por el Colegio Alemán.

En Septiembre 2010 se dio a conocer que las instalaciones del Colegio Alemán se trasladaban al Barrio de Montecarmelo (C. Monasterio de Guadalupe, nº 7), por tal razón la directora del centro D<sup>a</sup>. Piedad pidió a la que fue propietaria del centro hasta 2007 le buscara un nuevo local próximo a la nueva ubicación del Colegio Alemán para trasladar allí el centro preescolar.



Así se constituye la mercantil SONNEN SCHULE SL en la Avenida del Monasterio del Escolar, 40 muy próximo a la nueva sede del Colegio Alemán.

En la nueva sede, continúan 5 profesores de la plantilla de 7 que tenían el COLEGIO DEL SOL S.L. incluida la Directora, que sigue siendo D<sup>a</sup> Piedad .

A otra de las profesoras D<sup>a</sup>. Claudia se le ofreció seguir trabajando en el nuevo centro, disponiendo la Clausula adicional primera del contrato de trabajo que la Sra. Claudia rechazó: "según acuerdo entre la empresa y la trabajadora, y por circunstancias de absorción completa de plantilla, ésta mantendrá efectos de antigüedad de fecha 16.09.1999 independientemente de la fecha inició del presente contrato" (folios 151 a 153, cuyo contenido se da íntegramente por reproducido).

El nuevo centro SONNEN SCHULE SL sigue con la misma plantilla de profesores (7) habiendo absorbido a todos los alumnos del COLEGIO DEL SOL S.L. y continuando con la misma actividad.

SEXTO.- La trabajadora no ostenta ni ha ostentando la condición de representante del personal ni sindical alguna en el último año.

SEPTIMO.- Al acto del juicio no compareció la mercantil codemandada COLEGIO DEL SOL S.L.

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que ESTIMANDO la demanda formulada de Resolución de Contrato Voluntad del Trabajador y Cantidad y acumulada formulada por D<sup>a</sup> Patricia frente a COLEGIO DEL SOL, S.L. y SONNEN SCHULE, S.L. debo declarar y declaro extinguido el contrato de trabajo que ligaba a las partes con efectos de esta resolución, condenando de forma solidaria a ambas codemandadas a abonar la cantidad de 18.358,92 en concepto de indemnización.

Igualmente se condena a abonar de forma solidaria la cantidad reclamada de 6.450,30 con más el 10% .

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte SONNEN SCHULE SL, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 29/07/2014, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 21 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** Frente a la sentencia de instancia que estima la demanda declarando extinguida la relación laboral existente entre partes y condena solidariamente a las codemandadas al abono de la cantidad que se determina en la resolución recurrida, se alza en suplicación la representación letrada de la demandada Sonnen Sshule S.L., solicitando en un primer motivo al amparo del art.193 apartado a) LRJS , la nulidad de la sentencia por haber infringido el art. 24 CE en relación con el art.97.2 LRJS .

Alega la recurrente que la petición se concreta en que la nulidad debe retrotraerse a la fase de sentencia, al no valorar conforme a derecho una prueba documental de relevancia máxima para alcanzar la resolución que se recurre en este acto no concretando los datos necesarios para justificar la conclusión del Juzgador de Instancia.

De conformidad con el Hecho quinto de la Sentencia en su último párrafo así como la fundamentación jurídica primera de la mentada Resolución establece como argumento principal para establecer la condena solidaria de ambas codemandadas que el "nuevo centro Sonnen Schule S.L sigue con la misma plantilla de profesores habiendo absorbido la totalidad de los alumnos del Colegio del Sol, S.L." tal y como se desprende del documento nº7 aportado por la demandada en el ramo de su prueba documental.

Sin embargo, tal documento, se trata de un listado nominativo de los alumnos actuales de la parte recurrente pero no existe ni se celebró ninguna actividad probatoria en sede judicial para argumentar tal trascendencia puesto que para tal confirmación hubiera sido necesario un elemento comparativo del listado previo que pudiera haber existido en el Colegio del Sol y esto no se llegó a aportar ni nada de este relieve tuvo lugar en fase probatoria.

La nulidad es la sanción máxima impuesta por la ley cuando se ha producido un defecto procesal insubsanable o se haya dejado a una de las partes en absoluta indefensión.



Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional la que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en la CE conlleva la exigencia de garantizar el acceso al proceso y a los recursos que la ley establece, como la necesidad de obtener una resolución razonable, y a ser posible "de fondo" sobre sus pretensiones, todo ello sin perjuicio de que hayan de observarse los presupuestos y requisitos procesales esenciales, uniforme criterio que señala -como se recuerda en reiteradas sentencias- que no existe indefensión cuando "no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa" y tampoco cuando "ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos", por lo que "no puede equipararse con cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado".

Por tanto, la indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y en su manifestación más trascendente es la situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa privándola de ejercitar su potestad de alegar y en su caso de justificar los derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (STC, entre otras, 145/1990 de 11 Oct.), lo que en el presente supuesto no se ha producido.

No toda vulneración de una norma procesal acarrea indefensión y quebrantamiento de la tutela judicial efectiva, pero en cambio es necesaria una infracción de las normas procesales para que a partir de la misma pueda afirmarse que una de las partes ha quedado desarmada en el uso de sus medios de prueba o exposición de sus argumentos, al resultar afectado, por inacción del órgano jurisdiccional o arbitraria alteración en la práctica de los trámites.

Se alega indefensión en base a la inexistencia, a juicio de la que recurre, de elemento comparativo en relación con el listado de alumnos y por tanto la imposibilidad de alcanzar conclusión alguna, obviando que consta tal dato en la sentencia en el octavo párrafo del fundamento de derecho primero que fue objeto de contraste testifical, es decir que el Juez llega a tal hecho no solo por el documento sino también apoyándose en la prueba testifical, lo que acredita que no se ha causado indefensión a la recurrente.

En definitiva ninguna razón asiste para requerir la declaración de nulidad, cuando, la presunta indefensión que alega la recurrente, no se desprende de lo practicado, sin que pueda derivarse nulidad alguna de la actuación judicial.

Por otra parte a tenor de lo dispuesto en el art. 97.2 L.R.S.J., la sentencia "apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esa conclusión.

Ello implica que necesariamente la motivación de toda sentencia debe alcanzar un doble objetivo, consistente en no sólo argumentar los razonamientos jurídicos por los que llega a una conclusión determinante del contenido de la parte dispositiva de la misma, sino también un hacer igual respecto de las razones por las que llega a las conclusiones fácticas que refleja en el relato judicial de los hechos que declara como probados.

Tal doble actividad razonadora judicial es obligada, cumpliéndose correctamente cuando, aunque sea de forma mínima pero bastante, se ofrezcan bien reparadamente, bien conjuntamente con los argumentos jurídicos, los motivos por los que en lo fáctico se alcanzan determinadas conclusiones y sobre ellas se construye el "factum".

La sentencia recurrida reúne todos los requisitos del art. 97.2 L.R.S.J., y su pronunciamiento está suficientemente fundamentado.

No procede por lo expuesto la declaración de nulidad solicitada.

**SEGUNDO** .- Al amparo del art.193 apartado b) LRJS, se solicita la revisión del ordinal quinto, interesando la corrección del párrafo séptimo y la supresión del octavo, teniendo en cuenta la pretensión anterior, quedando el párrafo revisado con la siguiente redacción:

"A otra de las profesoras, Dña. Claudia, se le ofreció seguir trabajando en el nuevo centro, siendo rechazado por la Sra. Claudia y constando que el Sr. Felipe (representante de Sonnen Schule) indicaba expresamente que dicha oferta no conlleva el mantenimiento de su antigüedad en Colegio del Sol".

La jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.





2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente es esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores.

Sentado lo anterior, la revisión y supresión pretendidas, no pueden tener favorable acogida pues empezando por la última, esta se apoya en la aceptación de la petición de nulidad solicitada en el apartado anterior, que no ha sido aceptada, y la revisión del párrafo séptimo carece de trascendencia para la resolución del pleito. El fracaso de la revisión fáctica lleva aparejada la desestimación de este motivo del recurso, quedando el relato de hechos probados inmodificado.

**TERCERO.** - En el apartado destinado a las infracciones jurídicas, al amparo del art.193 apartado c) LRJS, se denuncia la infracción por indebida aplicación del art.44ET y jurisprudencia dictada al efecto.

La que recurre niega la existencia de sucesión empresarial porque no ha existido entre las dos empresas documento contractual; no hay relación mercantil o societaria entre los socios de los dos colegios; no es el mismo centro de trabajo; no se transmite por el COLEGIO DEL SOL, S.L. a SONNEN SCHULE, S.L. las infraestructuras y demás medios materiales que eran utilizados por el primero para la realización de la actividad de enseñanza; en cuanto a los profesores que fueron despedidos por el COLEGIO DEL SOL, S.L., no es obligación de SONNEN SCHULE S.L. respetar la antigüedad en el primero; el alumnado que asume SONNEN SCHULE SL, respecto del que tenía COLEGIO DEL SOL SL y se trata de una actividad totalmente diferenciada y ex Novo.

Sin embargo, Esta cuestión ha sido ya resuelta, en numerosas ocasiones por esta Sala, debiendo mantener el criterio que pasamos a exponer:

"vistas las alegaciones realizadas por recurrente y recurrida, se ha de significar que para la resolución del presente recurso deben hacerse las consideraciones siguientes:

1ª) Jurídicamente, el cambio de titularidad en la empresa es causa, en sentido amplio, de una novación subjetiva por virtud de la cual una persona sustituye a otra como parte de un contrato, de forma que, como consecuencia de la novación, hay una **subrogación** empresarial, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior" ( *art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores* ), bien entendido que, según reiterada doctrina jurisprudencial ( ss. del T. S. de 16 de junio de 1983, 29 de marzo de 1985 y 26 de enero de 1987, entre otras), la transmisión o sucesión empresarial requiere la concurrencia de dos elementos: uno, subjetivo, representado por la transferencia directa o tracto sucesivo del antiguo empresario al nuevo adquirente, ó sea el cambio de titularidad del negocio o centro de trabajo autónomo, y otro, objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad de la actividad empresarial, es decir, la permanencia de ésta como unidad en sus factores técnicos, organizativos y productivos, unidad socio- económica de producción que configura la identidad del objeto transmitido, habiendo establecido asimismo la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1996, dictada en casación para la unificación de doctrina, que la **subrogación** sólo se producirá conforme a lo dispuesto en el *art. 44 del Estatuto de los Trabajadores* cuando se produzca la transmisión "de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación", debiendo significarse, en este sentido, que la actividad empresarial precisará de un soporte patrimonial mínimo que sirva de sustento a su quehacer independiente, por lo que el cambio de titularidad requiere, conforme a lo expuesto, que se realice una transmisión de un conjunto de elementos esenciales en los términos indicados anteriormente.

Así, el *art. 44.1 E.T.* se refiere expresamente al cambio de titularidad "de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma", que no extinguirá por sí mismo la relación laboral, siendo la cuestión práctica que se plantea más frecuentemente al respecto la de si la sucesión en la realización de una actividad



basta para entender que existe una sucesión empresarial, de forma que se ha suscitado a menudo la duda de si la sucesión entre empresarios que pasan a realizar un servicio a terceros, que es el caso de las contratas, constituye a tales efectos una transmisión.

Pues bien, la Directiva europea (*Directiva del Consejo 1998/50/CE, de 29 de junio*) se pronunció en el sentido de entender, al igual que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que es preciso que se transmitiese un substrato material, y no una mera ocasión de negocio, exigiéndose para la existencia de sucesión empresarial la transmisión de un elemento material o jurídico que la sustentara, y así, de acuerdo con tal doctrina, se ha considerado que en el caso de contratas "no hay transmisión de empresa, no hay sucesión de empresa, no se está ante el supuesto del *art. 44 del Estatuto de los Trabajadores*, y por ende, no hay **subrogación** empresarial cuando no se transmite la unidad productiva que la determina y define y cuando ni la normativa sectorial, ni el eventual pliego de condiciones dan tratamiento jurídico-laboral a la cuestión" (s.s. T.S. de 13 de marzo de 1.990, 23 de Febrero de 1.994 y 12 de marzo de 1.996, entre otras), habiendo precisado el propio Tribunal Supremo en sentencias de fechas 29-4-90, 5-4-93 y 25-10-96, entre otras, que la transmisión de contratas no es tal, sino la finalización de una y comienzo de la otra distinta, aunque materialmente la contrata sea la misma en el sentido de que los **servicios** prestados siguen siendo los mismos. Si bien tal doctrina ha sido revisada por las SSTs de 20.10.2004, 29.09.2004 y 31.01.2005, señalando la primera de ellas que, "Como se ve, el ordenamiento español anticipadamente se ha ajustado a las previsiones comunitarias. No obstante subsistía la duda al intentar acomodar la interpretación de dichas normas no sólo al texto riguroso de las disposiciones comunitarias sino también a la interpretación que les viene dispensando el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea...", reiterando que "para apreciar las circunstancias de hechos que caracterizan la operación de que se trata, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta, en particular, el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate. De ello resulta que la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios de la existencia de una transmisión en el sentido de la *Directiva 77/187* varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad de que se trate. En particular en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione en determinados sectores sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independiente de la operación de que es objeto no puede por definición depender de la cesión de tales elementos".

A lo que se añade que la doctrina comunitaria acoge dentro de la noción de traspaso al que alude el *artículo 1 de la Directiva 77/1987/CEE del Consejo de 14.02.1977*, en la redacción dada a dicho *precepto por la Directiva 2001/23 / CE del Consejo de 12.03.2001*, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, "la transferencia de la mera actividad cuando la misma va acompañada de la asunción de las relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior" dando a ese conjunto el carácter de "entidad económica que mantenga su identidad", recogiendo lo indicado en sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 10.12.1998 casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal, que otorgan una especial consideración a los supuestos que afectan a sectores en los que los elementos patrimoniales se reducen a "su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra" porque en esos supuestos se entiende que "un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica" a efectos de transmisión "cuando no existan otros factores de producción", y que si el nuevo concesionario "se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia del personal que su antecesor destinaba a dicha tarea" puede entenderse que dicho empresario adquiere "el conjunto organizado de elementos que le permite continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable". Y es que el *artículo 1.1 de la Directiva Europea 2001/23/CEE*, que derogó la *Directiva Europea 77/187/CEE*, modificada por la *Directiva 1998/50/CE*, y que fue transpuesta a nuestro ordenamiento, ha recogido estos criterios, a los que ha de estarse necesariamente.

No cabe duda, vista esa identidad en la descripción, que nuestro legislador ha querido que, a partir de la vigencia de la *Ley 12/2001*, la noción de sucesión de empresa, en nuestro derecho interno, sea la comunitaria a la sazón vigente, abandonando la que hasta ahora teníamos. Resulta obvio que, de ser la misma, no habría sido necesario cambio alguno de regulación.

Pues bien, al identificarse ahora nuestra noción del objeto de la transmisión con la comunitaria se ha producido un efecto singular, como es la relevancia de la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que pasa a ser la autorizada intérprete de nuestra propia norma.

Con anterioridad a esa reforma, una doctrina consolidada del Tribunal Supremo excluía del supuesto regulado en el *art. 44 ET* los casos de cambio de contratista de un servicio si no llevaba aparejado la transmisión de los elementos patrimoniales precisos para ejecutarlo, por lo que el nuevo contratista no quedaba sujeto a un deber



de subrogación en el vínculo laboral de los trabajadores empleados por el contratista saliente al amparo de lo dispuesto en dicho precepto, sin perjuicio de que esa obligación pudiera surgir por disposición del convenio colectivo o por exigencia del titular del servicio ( sentencias de 5 de abril de 1993 , 14 de diciembre de 1994 , 23 de enero y 9 de febrero de 1995 , 29 de diciembre de 1997 , 29 de abril de 1998 y 18 de marzo de 2002 , como tampoco se da si, llegado un determinado momento, éste decide asumir directamente su gestión ( sentencias de 3 de octubre de 1998 , y 19 de marzo de 2002 . Aún más, cuando el convenio colectivo o el titular del servicio imponen ese deber, queda sujeto a los términos y condiciones impuestos por la fuente que fija la obligación de subrogación ( sentencias de 10 de diciembre de 1997 , 9 de febrero , 31 de marzo y 8 de junio de 1998 , 26 de abril y 30 de septiembre de 1999 , y 29 de enero de 2002 .

Sin embargo, tras la reforma de la *Ley 12/2001* , y a la luz de la sentencia dictada por el TJCEE el 24 de enero de 2002 en el caso TEMCO , también se engloban en el supuesto de sucesión de empresa tipificado en el *art. 44 ET* los casos de cambio de contratista de un servicio en cuya ejecución el elemento trascendental lo constituyen los trabajadores que lo desempeñan, siempre que el nuevo contratista esté obligado a asumirlos en su totalidad o en su parte esencial, sea por convenio o por imposición del titular del servicio, y aunque no lleve aparejada transmisión de los elementos patrimoniales precisos para su ejecución.

Así tenemos que los distintos supuestos de subrogación empresarial, asumiendo la patronal entrante los derechos y obligaciones de la empresa saliente, se reconducen en la actualidad a los siguientes:

A). *Art. 44 del ET* , reformado al compás de las Directivas comunitarias e interpretación de la jurisprudencia del TJCE, condicionado al requisito subjetivo de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y al objetivo de la entrega o aporte de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas para la continuidad de la actividad productiva.

B). Sucesión empresarial por disponerlos los pliegos de concesiones administrativas, cumpliéndose todos y cada uno de sus requisitos previstos en los mismos.

C). Subrogación empresarial convencional por así disponerlo los Colectivos, aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales, contrayéndose a los casos expresadamente pactados y en tanto se hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos en la norma estipulada para que surta efecto, no dándose si se incumpliera alguno de ellos. ( SSTS 10-12-97 , 9-2 y 31-3-1998 , 30-9-99 y 29-1-2002 ).

D). Sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del *art. 44 del ET* , supuesto a que hace méritos una copiosa jurisprudencia del TS referida a las empresas de handling, (por todas STS 29-2-2000 ) , que constituye una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del *art. 1205 del Código Civil* .

E) Sucesión de plantillas, aun no dándose tampoco los presupuestos del *art. 44 del ET* ni prever la subrogación el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones, figura esta nacida de la jurisprudencia del TJCE, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo (asumir por ejemplo la empresa entrante dos trabajadores sobre un total de seis, STS de 25-1-2006 ) como cualitativo (STSJ de Castilla-León de 31-10-2007). Aquí, la organización productiva, es la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados, y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad. Este supuesto ha sido aceptado por la Sala Cuarta del TS en su sentencia de 27-10-2004 , (aun suscitando en la misma ciertas "reservas", entre otras razones, "por el efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger"), ya que la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el TS que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece.

En el presente caso nos encontramos ante la identidad de nombre, identidad de logo, identidad de actividad, identidad de plantilla, 7 trabajadores de los cuales 5 son los mismos que en el anterior colegio y en este. En este caso la actividad radica en la mano de obra y no en los medios materiales , siendo lo relevante la plantilla de los trabajadores.

Lo expuesto nos lleva con desestimación del recurso a confirmar la sentencia recurrida, con imposición de costas a la recurrente incluidos los honorarios del letrado impugnante que la Sala fija en 300- art.233LPL -

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

**FALLAMOS**





Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de SONNEN SCHULE SL contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social NUM. 9 DE MADRID de fecha 27 de marzo de 2014 , en virtud de demanda formulada por Patricia contra COLEGIO DEL SOL Y SONNEN SCHULE SL, en reclamación sobre RESOLUCIÓN DE CONTRATO, confirmando la sentencia recurrida. Con imposición de costas a la recurrente incluidos los honorarios del letrado impugnante que la Sala fija en 300.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

**MODO DE IMPUGNACIÓN** : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-0627-14 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art.230.1 L.R.J.S ).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876-0000-00-0627-14.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

#### **PUBLICACIÓN**

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día 4-2-2015 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.