



Roj: **STSJ AS 691/2016 - ECLI:ES:TSJAS:2016:691**

Id Cendoj: **33044340012016100533**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2016**

Nº de Recurso: **374/2016**

Nº de Resolución: **495/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **LUIS CAYETANO FERNANDEZ ARDAVIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00495/2016

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33044 44 4 2015 0004624

402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000374 /2016

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 759/2015

Sobre: RESOLUCION CONTRATO

RECORRENTE/S D/ña AUTOSERVICIOS LA PRODUCTORA S.A.L.

ABOGADO/A: JESUS LAUDELINO ALONSO NOVAL

PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Josefa , MT SERVICIOS EDUCATIVOS S.L.

ABOGADO/A: ALMUDENA LLAMAZARES MENDEZ,

PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:

Sentencia nº 495/2016

En OVIEDO, a quince de Marzo de dos mil dieciséis.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL del T.S.J.ASTURIAS formada por los Ilmos. Sres. D. JORGE GONZÁLEZ RODRIGUEZ, Presidente, D^a. CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ y D. LUIS CAYETANO FERNÁNDEZ ARDAVIN, Magistrados, 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



SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0000374/2016, formalizado por el LETRADO JESUS ALONSO NOVAL, en nombre y representación de AUTOSERVICIOS LA PRODUCTORA, S.A.L., contra la sentencia número 535/2015 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de OVIEDO en el procedimiento DESPIDO 759/2015, seguidos a instancia de Josefa frente a MT SERVICIOS EDUCATIVOS, S.L. y AUTOSERVICIOS LA PRODUCTORA, S.A.L., siendo Magistrado-Ponente el Ilmo Sr D. LUIS CAYETANO FERNÁNDEZ ARDAVIN.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Josefa presentó demanda contra MT SERVICIOS EDUCATIVOS, S.L., AUTOSERVICIOS LA PRODUCTORA, S.A.L., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 535/2015, de fecha veinte de Noviembre de dos mil quince .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

PRIMERO.- La actora D^a Josefa prestó sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa M.T SERVICIOS EDUCATIVOS S.L. en virtud de contrato de trabajo de duración determinada en la modalidad de obra o servicio suscrito en fecha 11 de septiembre de 2008 con la categoría profesional de Monitor de transporte con jornada parcial 10 horas a la semana, la duración del contrato se extendía desde el 11 de septiembre de 2008 hasta el fin del curso escolar. Contrato de trabajo de duración determinada en la modalidad de obra o servicio suscrito en fecha 11 de septiembre de 2009 con la categoría de monitor de transporte jornada parcial 10 horas a la semana. Contrato de trabajo de duración determinada en la modalidad de obra o servicio suscrito en fecha 9 de septiembre de 2010 con la categoría profesional de Monitor de transporte con jornada parcial 10 horas a la semana. En todos ellos el objeto del contrato era el de desempeñar el puesto de monitor de transporte escolar durante el curso escolar. Contrato de trabajo indefinido fijo discontinuo suscrito en fecha 12 de septiembre de 2013 con la categoría profesional de educador transporte escolar con jornada parcial 10 horas a la semana (25%). En todos los contratos la trabajadora prestó el servicio de cuidado de niños en el transporte escolar con nº de lote NUM000 , ruta NUM001 , para el Colegio de San José de Calasanz en Posada de Llanera. Se fija el salario día a efectos indemnizatorios en 6,47€/día (en el curso 2014-15 percibió 1902,04€/ brutos con inclusión de la parte proporcional de pagas extras y trabajó 294 días).

SEGUNDO.- La empresa M.T SERVICIOS EDUCATIVOS S.L. comunicó a la trabajadora carta fechada el día 22 de septiembre de 2015 con el siguiente sentido literal:

Muy sra nuestra:

Por la presente le comunicamos que durante el curso 2015/2016 la empresa LA PRODUCTORA S.A.L. es la adjudicataria de los lotes del servicio de transporte escolar de la Consejería de Educación del Principado de Asturias que anteriormente gestionaba la empresa M.T SERVICIOS EDUCATIVOS S.L.

Dado que LA PRODUCTORA S.A.L. ha procedido a subrogar al resto de educadoras que estaban adscritas a dicho servicio, por consiguiente quedará Vd. integrada en la plantilla de la empresa LA PRODUCTORA produciéndose en consecuencia, un supuesto de subrogación de empresas.

La empresa LA PRODUCTORA S.A.L. de acuerdo con lo estipulado en el art. 44 del vigente Estatuto de los Trabajadores , le reconocerá y respetará sus derechos laborales y especialmente la de antigüedad, categoría y salario.

A continuación le detallamos los datos de la empresa para que pueda dirigirse a ellos:

-LA PRODUCTORA S.A.L.

-PLAZA SOLEDAD 9,33201 GIJON(ASTURIAS)

-TELEFONO 985170801

TERCERO.- La trabajadora ha venido prestando el servicio de cuidado de niños en el transporte escolar con nº de lote NUM000 , ruta NUM001 , para el Colegio de San José de Calasanz, en Posada de Llanera desde el curso escolar 2001-2002 para las siguientes empresas que han ido siendo adjudicatarias del servicio:

ASTURXERA S.L. desde el 10.09.2001 hasta el 21.12.2001, desde el 8.01.2002 hasta el 21.06.2002, desde el 10.09.2002 hasta el 20.12.2002, desde el 08.01.2003 hasta el 09.06.2003, desde el 01.10.2003 hasta el 19.12.2003, desde el 08.01.2004 hasta el 31.05.2004.



M.T SERVICIOS EDUCATIVOS S.L. desde el 09.09.2003 hasta el 18.06.2004, desde el 09.09.2004 hasta el 23.06.2005, desde el 12.09.2005 hasta el 23.06.2006, desde el 11.09.2006 hasta el 22.06.2007.

AUTO SERVICIOS LA PRODUCTORA S.COOP. desde el 11.09.2007 hasta el 19.06.2008.

CUARTO.- La actora realizó varias llamadas de teléfono a LA PRODUCTORA S.A.L., nº 985170801, los días 17 de julio y 7 de septiembre de 2015 y se personó en sus oficinas en la segunda semana del mes de septiembre en concreto el día 10 de septiembre interesándose por su contratación, momento en que esta empresa le manifestó que no iba a ser contratada.

QUINTO.- LA PRODUCTORA S.A.L para el curso 2015-2016 ha sido la nueva adjudicataria de los lotes de rutas de transporte escolar que anteriormente gestionaba la empresa M.T SERVICIOS EDUCATIVOS S.L. esta empresa tenía destinadas a 17 trabajadoras que hacían las rutas entre ellas la actora en la ruta nº NUM001 . LA PRODUCTORA S.A.L. ha subrogado a 14 trabajadores que prestaban servicios en la empresa M.T SERVICIOS EDUCATIVOS S.L., otras 2 trabajadoras desistieron de la subrogación, y la actora que no ha sido subrogada. La empresa M.T SERVICIOS EDUCATIVOS S.L. envió a LA PRODUCTORA S.A.L comunicación de fecha 22 de septiembre de 2015 indicándole de la obligación de subrogar a la trabajadora aquí demandante.

SEXTO.- Cada curso escolar la Administración del Principado de Asturias ha venido autorizando el inicio del expediente de contratación mediante el procedimiento abierto y tramitación ordinaria para la ejecución del servicio de varios lotes de acompañantes de transporte escolar según los lotes especificados en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

SÉPTIMO.- La actora también presta y ha prestado el servicio de cuidadora de comedor en el Colegio de San José de Calasanz por cuenta de otras empresas.

OCTAVO.- La actora interpuso papeleta de conciliación ante la UMAC en fecha de 30 de septiembre de 2015 celebrándose el Acto de Conciliación el día 15 de octubre de 2015 con el resultado de sin avenencia. Con fecha de 20 de octubre de 2015 se formula la presente demanda.

NOVENO.- La actora no ostenta ni ha ostentado la cualidad de representante de los trabajadores.

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

Que estimando la demanda formulada por D^a Josefa frente a la empresa M.T SERVICIOS EDUCATIVOS S.L., y la empresa ASTURSERVICIOS LA PRODUCTORA S.A.L. debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA del despido de la trabajadora, condenando a la empresa ASTURSERVICIOS LA PRODUCTORA S.A.L. a que a su elección, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución, opte mediante escrito o comparecencia ante la secretaria de este Juzgado de lo Social, entre la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o abone a la trabajadora la indemnización de DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO € CON DIECIOCHO CÉNTIMOS DE € (2.845,18€) para el caso de que la empresa opte por la readmisión del trabajador a pagar a la actora los salarios de tramitación que se devenguen desde el día del despido 10 de septiembre de 2015 hasta la notificación de sentencia o hasta que hubiere encontrado otro empleo si tal colocación fuere anterior a esta sentencia a razón de 6,47 €/diarios. Absolviendo a la empresa M.T SERVICIOS EDUCATIVOS S.L., de los pedimentos de adverso formulados.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por AUTOSERVICIOS LA PRODUCTORA S.A.L. formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 12 de Febrero de 2016.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 3 de Marzo de 2016 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: La Sentencia del Juzgado de lo Social N^o Cinco de Oviedo, recaída en Autos 759/2015, estimó la demanda de la actora, declarando la improcedencia del despido del que había sido objeto, condenando a la codemandada Autoservicios la Productora, S.A.L. a la readmisión o abono de la indemnización correspondiente, absolviendo a MT Servicios Educativos, S.L.

Recorre en suplicación la representación de la primera empresa por entender que debía haberse condenado a las resultas del despido a MT Servicios Educativos. Considera que la trabajadora demandante no prestaba servicios en ninguno de los centros asumidos en la contrata por Autoservicios la Productora, sino que era empleada de la otra, sin ningún destino específico.



Formula un primer motivo, al amparo de lo dispuesto en el art. 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el que interesa la revisión de los hechos probados. Solicita, en primer lugar modificación del ordinal primero para que se añada en los contratos que se citan el lugar del centro de trabajo (todos ellos en calle Foncalada de Oviedo), así como el texto del anexo a los mismos, que se repite con un impreso igual en todos, haciendo constar que prestará servicios en el Colegio de la Consejería (uno dice Colegio Ventanielles y Laude) y que no obstante "se compromete a realizar su trabajo en cualquier otro centro que la empresa tenga en su provincia".

Invoca los contratos que aportó la actora, con un anexo, siempre igual y con forma de modelo impreso.

Afirma que no hay razón para que la Juzgadora no hiciese constar un dato relevante como la consignación del centro de trabajo a la hora de apreciar los requisitos para que concurra la figura de la sucesión empresarial.

Pero tal adición no es posible aceptarla porque contradice lo ya declarado probado en el ordinal al que se pretende añadir, y que es la siguiente declaración: "En todos los contratos la trabajadora prestó el servicio de cuidado de niños en el transporte escolar con nº de lote NUM000, ruta nº NUM001, para el colegio de San José de Calasanz en Posada de Llanera". Como afirmaría la Sentencia, lo que debe contar es la realidad de los hechos y no lo que figura en el contrato. Desde luego, tampoco puede darse significación alguna a esa cláusula introducida de que se compromete a realizar su trabajo en cualquier otro centro que la empresa tenga en su provincia, ya que, entre otras razones, nunca dejó de hacerlo en el lugar que la Juzgadora reseña.

SEGUNDO: A continuación pretende que se añada al ordinal sexto el siguiente párrafo: "Cada lote de acompañante de transporte escolar se adjudicaba de forma individualizada, por razón del centro escolar específico". Invoca los contratos administrativos que obran a los folios 42 a 408.

La jurisprudencia recaída sobre la posibilidad de modificar hechos en vía de suplicación deja sentado que no es posible fundamentar la revisión en un número indeterminado de folios (en nuestro caso del 42 al 408) sin precisar en cuál de ellos y en qué aspecto concreto se halla lo que debería ser error claro de la Juzgadora, requisito que, evidentemente, no se da en el escrito de recurso.

Finalmente, solicita la inclusión de un nuevo hecho probado para que recoja que, coincidiendo con el comienzo del curso escolar 2015/16, la empresa MT Servicios Educativos, S.L. dio de alta a las trabajadoras que cita (29). Afirma que es trascendente que conste que la empresa cedente en la hipotética cesión conserva su actividad. Señala como documento que avalaría la petición, el informe de vida laboral incorporado a los autos a petición de la parte actora (folios 410 a 413).

Pero el dato se convierte en irrelevante al no tener como dato comparativo las personas que ocupaban la plantilla antes de perder esa contrata, ni tampoco si obtuvo otras en ese curso.

Por lo expuesto, procede desestimar el motivo.

TERCERO: Con cita del art. 193 c) del mismo Texto Procesal formula un segundo motivo, con objeto de que sea examinado el derecho aplicado en la Sentencia recurrida. Denuncia infracción del art. 44.1 y 2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Admitiendo la existencia de un despido en el cese del trabajador, sostiene que la responsable debe ser MT Servicios Educativos. Lo razona así: "En principio la transmisión operada, vía contratación administrativa, que afecta al servicio de vigilancia en el transporte escolar del colegio San José de Calasanz puede entenderse como la transmisión de un centro de trabajo, pero ello no significa que en el supuesto de autos exista una sucesión empresarial que afecta a la trabajadora demandante, pues como se ve la contratación laboral de la demandante ésta fue contratada por la empresa M.T. Servicios Educativos, S.L. para prestar servicios laborales "... en el colegio...", "...en un colegio..." "...en el Colegio de Ventanielles ..." o para cualquier otro de la provincia, sin perjuicio de que en el contrato laboral por el que se acuerde el carácter indefinido de la relación laboral de la trabajadora no señala ningún centro de trabajo, con lo cual es necesario concluir que la demandante era trabajadora de M.T. Servicios Educativos, S.L., en el sentido de que era una trabajadora de la empresa y no una empleada adscrita a la entidad productiva autónoma "Colegio San José de Calasanz".

CUARTO: Pero ya vimos el fracaso del motivo anterior porque, esencialmente se contradice con el hecho declarado probado en el que se deja sentado que en todos los contratos la actora prestó el servicio en el mismo sitio y para el mismo colegio. Precisamente el San José de Calasanz, de Posada de Llanera cuyo servicio de vigilancia de transporte escolar reconoce la parte recurrente como asumido por la Productora en esa evidente transmisión de centro de trabajo.

Po tanto, no se aprecia la vulneración legal denunciada, procediendo la confirmación de la Sentencia de instancia.



En su virtud,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa ASTURSERVICIOS LA PRODUCTORA, S.A.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº Cinco de Oviedo, dictada en los autos seguidos a instancia de Josefa contra M.T. SERVICIOS EDUCATIVOS, S.L. y contra la empresa recurrente, sobre Resolución de contrato, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por la empresa recurrente para recurrir y en cuanto a la consignación por la misma efectuada, una vez firme la presente resolución, estése al destino legalmente previsto para la misma, y, asimismo se condena a la empresa recurrente a abonar a cada una de las partes impugnantes, en concepto de honorarios, la suma de 500€.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercebimientos en él contenidos.

Tasas judiciales para recurrir

La tramitación del recurso de casación para unificación de doctrina no constituye hecho imponible, y por tanto no se requiere la liquidación de tasas (Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V 3674-23 de 26-12-2013).

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que**: fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Pelayo 4 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **no** tificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.