



Roj: **STSJ GAL 3181/2005 - ECLI:ES:TSJGAL:2005:3181**

Id Cendoj: **15030340012005101322**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **01/09/2005**

Nº de Recurso: **2382/2005**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANTONIO GONZALEZ NIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso núm. 2382/05

BCQ

ILMO. SR. D. ANTONIO GONZÁLEZ NIETO

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. ANTONIO J. OUTEIRIÑO FUENTE

ILMO. SR. D. JOSÉ ELIAS LÓPEZ PAZ

A Coruña, uno de septiembre de dos mil cinco.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Sres.

Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2382/05 interpuesto por CONCELLO DE AMES y D. Pedro Jesús contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de Santiago de

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por D. Pedro Jesús en reclamación de DESPIDO siendo demandado ASOCIACIÓN MUNICIPAL TEIRABOA y CONCELLO DE AMES en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 876/04 sentencia con fecha dieciocho de febrero de dos mil cinco por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

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

"PRIMERO.- Que el actor comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa Asociación Teiraboa, con domicilio en Plaza del Ayuntamiento nº 5-1, 1º de la localidad de Bertamiráns, municipio de Ames (A Coruña), en el centro de trabajo ubicado en la c/ La Magdalena s/n de la localidad de Milladoiro, Ayuntamiento de Ames (A Coruña), dedicado a guardería infantil, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de interinidad, suscrito en fecha veintisiete de mayo de dos mil cuatro, para la prestación de servicios como Asistente Infantil, con idéntica categoría profesional, en jornada de treinta y nueve horas semanales, de lunes a viernes, teniendo por objeto el contrato la situación de la trabajadora Dña. Alejandra , en situación de Incapacidad Temporal./ SEGUNDO.- Que el actor percibía un salario de seiscientos noventa y siete euros y veintiocho céntimos (697,28 euros)./ TERCERO.- Que el actor realizaba la programación de actividades a realizar por los niños a su cargo y cuidaba del orden, seguridad, entretenimiento, alimentación y aseo de los niños./ CUARTO.- Que Dña. Alejandra estaba a cargo de una



clase de niños de 0 a 1 años, habiendo prestado servicios el actor en ésta y en otra clase de niños de 2 a 3 años./ QUINTO.- Que desde mil novecientos noventa y cuatro la Asociación Teiraboa explotaba una guardería infantil situada en un piso de la localidad de Milladoiro, con unos veinticinco niños./ SEXTO.- Que en fecha cuatro de agosto de mil novecientos noventa y cuatro el Ayuntamiento de Ames, representado por su alcalde d. Ángel Daniel y la Asociación Teiraboa, representada por su Presidenta Dña. Paloma, esposa del Alcalde del Ayuntamiento de Ames, que tenía convenida la adquisición de un solar de mil trescientos veintiún metros cuadrados, en el polígono veintitrés del núcleo urbano de Milladoiro y que dotaría de todos los servicios urbanísticos, lo ponía a disposición de la Asociación Teiraboa, por un periodo de veinte años, para que la Asociación, con la subvención concedida pro la Consellería de Familia, Muller e Xuventude de la Xunta de Galicia, construyera en él un edificio dedicado a guardería, en las condiciones fijadas por la Consellería, contribuyendo el Ayuntamiento prestando los servicios de agua, alcantarillado y licencia de obras, no accediendo la Asociación a la propiedad del solar, ni del edificio y sin que pudiera enajenar, hipotecar, gravar o arrendar el local, el edificio construido sobre él ni el equipamiento. Se estableció en el Convenio que si durante el plazo de veinte años la Asociación Teiraboa dejara de existir o de prestar el servicio para cuya finalidad se autorizó la construcción, el Ayuntamiento y la Consellería competente en materia de primera instancia, podrían acordar la atribución de la gestión de la guardería a otra entidad, con el fin de garantizar la prestación de servicios y dicho convenio fue ratificado, en sesión extraordinaria y urgente del pleno del Ayuntamiento de Ames, celebrada en fecha cinco de agosto de mil novecientos noventa y cuatro y en el mismo se acordó la adquisición de la parcela en la que iba a construirse la Guardería./ SÉPTIMO.- Que en fecha catorce de septiembre de dos mil cuatro la Consellería de Familia, Muller e Xuventude de la Xunta de Galicia y la Asociación Teiraboa suscribieron convenio de colaboración, para la construcción de una Guardería Infantil en Milladoiro, en terreno que le sería cedido por el Ayuntamiento de Ames. En la misma fecha se suscribió otro convenio de colaboración para la financiación del mantenimiento de una guardería infantil que se iba a poner en funcionamiento en la localidad de Milladoiro, con una capacidad inicial de treinta y cuatro plazas, ampliándose posteriormente esa cobertura en años sucesivos entre ochenta y noventa plazas, contribuyendo inicialmente con la cantidad de siete millones quinientas mil pesetas (7.500.000 pesetas), cuarenta y cinco mil setenta y cinco euros y noventa y un céntimos (45.075,91 euros) teniendo vigencia hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro./ OCTAVO.- Que el Ayuntamiento de Ames adquirió la finca a la que se había comprometido, sin que en la misma se edificara nunca la guardería./ NOVENO.- Que en informe del Sr. Ángel Daniel, por entonces alcalde de Ames, de fecha veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y seis, se autorizó a la Asociación Teiraboa a ocupar un edificio de titularidad municipal, situado en la c/La Magdalena de la localidad de Milladoiro, para la ubicación de la guardería infantil gestionada por la Asociación Teiraboa y subvencionada por la Consellería de Familia, Muller e Xuventude de la Xunta de Galicia, y a que realizara en el edificio las siguientes obras precisas para terminar la adecuación del edificio, por importe de ocho millones trescientas treinta y cuatro mil trescientas cuarenta y ocho pesetas (8.334.348 pesetas), cincuenta mil noventa euros y cuarenta y cuatro céntimos (50.090,44 euros) según informe del técnico municipal, y consistentes en terminación de alicatados, pavimentos, falso techo, escaleras, sanitarios, carpintería de taller de madera y pintura, así como el cierre perimetral del recinto, pavimentación del mismo y construcción de un porche cubierto, con columnas de piedra, cubiertas de madera y teja del país. Personal del Ayuntamiento, dentro de su horario de trabajo, realizaba las funciones de reparación de instalaciones eléctricas y otras labores de mantenimiento, realizando también, en ocasiones, las de mantenimiento de jardines, que, en otras ocasiones eran encomendadas a empresas privadas./ DÉCIMO.- Que la Asociación Teiraboa encargó el Proyecto y la Dirección de obra al Arquitecto D. Evaristo y contrató al arquitecto técnico D. Benedicto, ascendiendo el importe del presupuesto, proyecto y dirección de obra a diecinueve millones trescientas setenta y cuatro mil cuatrocientas veintiocho pesetas (19.374.428 pesetas), ciento dieciséis mil cuatrocientos cuarenta y dos euros y setenta y seis céntimos (116.442,66 euros) encargándose la obra a la empresa Eligio Ferreira, haciendo pago de la citada cantidad, la Asociación Teiraboa, restando para una segunda fase unos gastos por importe de ocho millones trescientas treinta y cuatro mil trescientas cuarenta y ocho pesetas (8.334.348 pesetas), cincuenta mil noventa euros y cuarenta y cuatro céntimos (50.090,44 euros), trasladando la Guardería al citado edificio a finales de mil novecientos noventa y seis./ DÉCIMO PRIMERO.- Que la Asociación Teiraboa, para el sostenimiento de la Guardería situada en la Localidad de Milladoiro, obtenía subvenciones de la Consellería de Familia y del Ayuntamiento de Ames. Este último convocaba anualmente las ayudas para todas las guarderías del término municipal./ DÉCIMO SEGUNDO.- Que el pleno de la Corporación Municipal de Ames, celebrado el veintiocho de junio de dos mil cuatro, se aprobó la creación en la localidad del Milladoiro de un servicio público de guardería municipal, con gestión directa por parte del Ayuntamiento de Ames y recuperar para ese fin las instalaciones de titularidad municipal situadas en el lugar de La Magdalena, el Milladoiro, que estaban ocupadas por la Asociación Teiraboa, destinando un presupuesto de cuatrocientos cuarenta y dos mil cuatrocientos ochenta euros (442.480 euros) para la contratación de personal necesario para la puesta en marcha del nuevo servicio, adquisición de materiales, mobiliario y enseres que fueran precisos para el inicio de la prestación de servicios y requiriendo a la citada Asociación para el desalojo de las instalaciones, en el



plazo más breve posible, poniendo como límite el veinte de agosto./ DÉCIMO TERCERO.- Que en fecha cinco de octubre de dos mil cuatro el Ayuntamiento requirió a la Asociación Teiraboa, para la realización de un inventario conjunto, el ocho de octubre de dos mil cuatro, de todos los bienes y enseres existentes, tanto de probidad municipal como de la Asociación y la remisión de un listado de niños usuarios, así como de sus padres, tutores o responsables a fin de ponerse en contacto con ellos y llevar a cabo los trámites necesarios APRA el cambio de titularidad, realizándose el inventario, por importe de dieciocho mil doscientos setenta y un euros y cuarenta y siete céntimos (18.271,47 euros) y facilitándose los listados solicitados. El veintiocho de junio d dos mil cuatro, a que la totalidad de los niños matriculados y aceptados en el curso dos mil cuatro - dos mil cinco en al guardería Teiraboa de Milladoiro, que cumplieran el requisito de edad serían automáticamente aceptados en la guardería pública municipal./ DÉCIMO CUARTO.- Que por Decreto de la Alcaldía, de fecha veinticinco de noviembre de dos mil cuatro y a la vista del Auto desestimatorio respecto de la solicitud de suspensión del desalojo dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Santiago de Compostela, se fijó como fecha para el desalojo por la Asociación Teiraboa del local municipal situado en la c/ La Magdalena de la localidad de El Milladoiro, el tres de diciembre de dos mil cuatro, al finalizar la jornada lectiva en centro infantil, afectando el desalojo tanto al personal como a los materiales y mobiliario susceptibles de traslado sin merma de las condiciones de seguridad y habitabilidad./ DÉCIMO QUINTO.- Que fecha veintiséis de noviembre de dos mil cuatro la Asociación Teiraboa presentó en el Registro General del Ayuntamiento de Ames, la relación personal que prestaba servicios en la Guardería de Milladoiro -diecinueve personas-, encontrándose el actor entre los trabajadores, con los tipos de contratos, antigüedad y percepciones salariales, a fin de que procediera a su subrogación./ DÉCIMO SEXTO.- Que en fecha veintiséis de noviembre de dos mil cuatro la Asociación Teiraboa notificó a la Delegada de Personal, que le día tres de diciembre de dos mil cuatro, al finalizar la jornada escolar, se iba a producir un cambio en la titularidad del centro, extinguiendo todo el personal su contrato de trabajo con la Asociación Teiraboa y pasando, sin solución de continuidad, a prestar servicios para el Ayuntamiento de Ames, manteniendo íntegramente las condiciones laborales. Al actor se le notificó por Burofax, con acuse de recibo y certificado el contenido, entregado el veintinueve de noviembre de dos mil cuatro./ DÉCIMO SÉPTIMO.- Que en fecha treinta de noviembre de dos mil cuatro el Ayuntamiento de Ames notificó a la Asociación Teiraboa que no aceptaba la subrogación del personal por no concurrir los requisitos necesarios para una sucesión de empresas. Igualmente se lo notificó por escrito a la representante de los trabajadores, el uno de diciembre de dos mil cuatro y al actor el tres de diciembre de dos mil cuatro./ DÉCIMO OCTAVO.- Que la Asociación Teiraboa desalojó el edificio situado en la c/ La Magdalena de la Localidad de el Milladoiro el tres de diciembre de dos mil cuatro, llevándose mobiliario, elementos de luz, telefonía, detección de incendios y alarmas y cocina, tomando posesión al Ayuntamiento el siete de diciembre de dos mil cuatro, previo cambio de las cerraduras, sin que compareciera representación alguna de la Asociación Teiraboa./ DÉCIMO NOVENO.- Que el Ayuntamiento de Ames ha gastado más de ciento cuarenta y dos mil euros (142.000 euros) en adecuar y dotar la Guardería Infantil, procediendo a reaperturarla el trece de diciembre de dos mil cuatro, estando inscritos en ella ciento tres niños, de los que noventa y nueve ya acudían con anterioridad a la Guardería ubicada en el mismo centro y gestionada por la Asociación Teiraboa./ VIGÉSIMO.- Que el Ayuntamiento de Ames ha convocado pruebas para la contratación temporal de personal para prestación de servicios en la Guardería situada en la c/ La Magdalena de la Localidad del Milladoiro, celebrándolas el nueve de diciembre de dos mil cuatro y contratando una directora pedagógica, una empleada de cocina, cuatro personas de servicios generales, tres maestros, y once educadores. De este personal, dos prestaron servicios pro cuenta de la Asociación Teiraboa y se encontraban en situación de excedencia voluntaria y otros ocho prestaban servicios efectivos para la Asociación Teiraboa./ VIGÉSIMO PRIMERO.- Que el actor se presentó a las pruebas y no aprobó./ VIGÉSIMO SEGUNDO.- Que Dña. Alejandra , persona a la que el actor sustituía en la Asociación Teiraboa, se presentó a las pruebas antes citadas y aprobó, incorporándose a trabajar el trece de diciembre de dos mil cuatro./ VIGÉSIMO TERCERO.- Que el actor no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año inmediatamente anterior a la fecha de su cese./ VIGÉSIMO CUARTO.- Que en fecha veintitrés de diciembre de dos mil cuatro tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con respecto a la Asociación Teiraboa, con el resultado de celebrado sin avenencia y en fecha quince de diciembre de dos mil cuatro se interpuso reclamación previa contra el Ayuntamiento de Ames, sin que conste que haya recaído resolución expresa alguna./ VIGÉSIMO QUINTO.- Que el Ayuntamiento de Ames tiene otra Guardería infantil en la localidad de Bertamiráns, habiendo acordado, en pleno celebrado el trece de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, delegar en la Asociación Teiraboa la puesta en funcionamiento y administración de la misma, a partir del diecisiete de octubre de mil novecientos noventa y cuatro en los locales habilitados al efecto por el Ayuntamiento, con acuerdo a las bases aprobadas en el Pleno de fecha veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, así como con lo establecido en el Convenio firmado con la Consellería de Familia, Muller e Xuventude de catorce de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, abonando el Ayuntamiento a la Asociación los gastos de personal educativo y demás de normal funcionamiento de la guardería, previa certificación justificativa de los mismos y siendo precisa la autorización municipal para la realización de cualquier gasto extraordinario. El



Ayuntamiento era quien solicitaba anualmente las subvenciones a la Consellería de Familia, Muller e Xuventude para el mantenimiento de la citada Guardería./ VIGÉSIMO SEXTO.- Que por acuerdo del pleno del Ayuntamiento de fecha doce de agosto de dos mil tres, se acordó recuperar la gestión de la Guardería Infantil de Bertamiráns, a partir del treinta y uno de agosto de dos mil tres, asumiendo al personal con un contrato de interinidad, hasta que se realizara la correspondiente convocatoria para cobertura en propiedad.

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

"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por D. Pedro Jesús , contra la Asociación Teiraboa y el Ayuntamiento de Ames, en cuanto a su petición subsidiaria, debía declarar y declaraba la improcedencia del despido del actor, condenando a los demandados, de forma solidaria, a estar y pasar por esta declaración y a que opten, en término de cinco días a contar desde el siguiente al de la notificación de esta sentencia, entre readmitir al actor en su puesto de trabajo, de forma inmediata y en las mismas condiciones que tenía antes del despido, o abonarle la cantidad de quinientos cuarenta y cuatro euros y treinta y cuatro céntimos (544,34 euros), en concepto de indemnización por despido y a que le abonen, en cualquier caso, la cantidad de doscientos treinta y dos euros y cuarenta céntimos (232,40 euros), en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día trece de diciembre de dos mil cuatro y desestimando la demanda formulada, en cuanto a la petición principal, categoría profesional y salario regulador reclamados, debía absolver y absolvía a los demandados de los citados pedimentos."

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima en parte la demanda interpuesta por el actor frente a los demandados "CONCELLO DE AMES" y la "ASOCIACION TEIRABOA" a los que condena, de forma solidaria, a soportar las consecuencias legales inherentes a la declaración de improcedencia de sus ceses, y, en consecuencia, a abonar las cantidades en concepto de indemnización y de salarios de tramitación que se determinan en el fallo impugnado, desestimando la misma, en cuanto a la petición principal categoría profesional y salario regulador reclamados, absolviendo a los demandados de los citados pedimentos. Y contra esta decisión interpone recurso de Suplicación, de un lado, el Concello de Ames, al objeto de que se revoque la sentencia de instancia, se desestime la demanda y, en definitiva, se absuelva a la Entidad recurrente de las pretensiones frente a la misma ejercitadas, articulando al efecto tres motivos de Recurso, los dos primeros amparados en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, destinados a la revisión de los hechos declarados probados, y el tercero con amparo en el apartado c) del citado precepto legal, a través del cual denuncia la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia; y de otro, la parte actora, al objeto de que se revoque la sentencia de instancia en cuanto al salario regulador que debe regir el despido, confirmando el resto de los pronunciamientos, articulando con adecuado amparo procesal, tres motivos de recurso, los dos primeros destinados a la revisión de los hechos probados y el tercero censurando el derecho aplicado, denunciando infracción del Anexo I del Convenio Colectivo de Ámbito Estatal de Centros de Asistencia de Educación Infantil (BOE 22 de agosto de 2003).

SEGUNDO.- Entrando en el examen del recurso planteado por el CONCELLO DE AMES, la revisión de hechos tiene por objeto, en primer lugar, la adición de un párrafo (segundo) al hecho probado decimocuarto, del siguiente tenor literal: "Previamente en escrito presentado en el Concello de Ames el 28 de septiembre de 2.004, el abogado Don Ramón Sabín Sabín, actuando en nombre y representación de la Asociación Teiraboa, solicitó un tiempo prudencial de mora para el desalojo del inmueble dado que la Asociación necesitaba ese tiempo para el traslado del mobiliario y en enseres de la guardería".

En el segundo de los motivos, el Concello recurrente interesa que se añada un segundo párrafo al hecho probado décimo noveno, con el siguiente texto: "Que esta escuela infantil "A Madalena" de O Milladoiro creada por el Concello de Ames en el edificio antes ocupado por la Asociación Teiraboa, rige su funcionamiento por un nuevo Reglamento de Régimen Interior aprobado por el Pleno Municipal de 10 de junio de 2.004, que obra aportado y cuyo contenido se da por reproducido".

La Sala acoge ambas adiciones, dado que los textos ofrecidos cuentan con el adecuado soporte documental, a través de la cita de documentos que efectúa la parte recurrente, sin embargo, como luego se razonará, los datos aportados no tienen relevancia para alterar el signo del fallo.

TERCERO.- En el motivo destinado a censura jurídica, el Ayuntamiento recurrente denuncia la infracción del artículo 1 de la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo de 2.001 (antes Directiva 77/187), y del artículo 44 del



E.T. por interpretación errónea, argumentando, en esencia, que el Concello está de acuerdo con la afirmación judicial que se efectúa en el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia, de que no existe sucesión empresarial, aplicando literalmente el artículo 44 del E.T., señalando que en tal sentido debió de redactarse el fallo de la misma, puesto que la Directiva 2001/23, sea cual sea su interpretación, no modifica esta primera conclusión a la que llega el juzgador: la inexistencia de sucesión de empresa. Añadiendo que admitiendo que la sucesión de empresa puede producirse entre empresa privada y administración pública, el examen conjunto de todas las circunstancias que concurren en el presente caso determina que no se ha producido sucesión de empresa: porque *-no existe vínculo contractual ni negocio jurídico alguno entre Concello y Asociación, *-la actividad ejercida por el Concello es la de guardería pública, siendo la de Teiraboa la de guardería privada, *-ni el cuadro de puestos de trabajo es el mismo, ni el personal que lo ocupa tampoco. No se ha producido una integración automática del personal de la guardería de Teiraboa en la nueva escuela infantil municipal, *-los medios materiales tampoco son los mismos. Si bien es cierto que se trata del mismo edificio, este fue recuperado absolutamente vacío de mobiliario, enseres, material didáctico e instalaciones, por lo que en teoría podría ser destinado a cualquier uso, y para destinarlo a guardería fue necesario hacer obras, montar instalaciones (de cocina, eléctrica, de calefacción), adquirir mobiliario, enseres y material didáctico, etc., por importe superior a 142.000 euros (24 millones de pesetas), *-la organización humana y material, es decir, las normas de funcionamiento, son distintas, dado que el Concello aprobó un Reglamento de Régimen interno nuevo, que contempla un organigrama de personal distinto, un baremo para la admisión de niños que no consta que existiese antes, entre otros aspectos, *-los alumnos son los mismos, más cuatro nuevos, pero para ello tuvieron que solicitar la matriculación en la nueva guardería.

A la vista de lo expuesto, se señala por la parte recurrente que por mucho que se interprete el artículo 44 del E.T. y las Directivas Comunitarias en sentido favorable a los intereses de los trabajadores, nunca podrá concluirse que en el presente caso opera el instituto de la sucesión de empresa. Que lo que en diciembre de 2.004 se produce es la extinción del precario y la recuperación del inmueble por parte del Concello, poniendo fin así a una situación absolutamente irregular desde el punto de vista administrativo. Se concluye con la cita de Sentencias dictadas por distintos Tribunales Superiores de Justicia, como el de Canarias de 28 de noviembre de 2.000 (JUR 2001/119843). Las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 13 de mayo de 2.002 (AS 2003/1003), de 8 de marzo de 1.994 (AS 1994/1100), del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de abril de 2.002 (AS 2002/1.921) y del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 21 de noviembre de 1.997 (AS 1997/4163).

CUARTO.- Los hechos que sirven de base al pronunciamiento combatido constan en el relato fáctico de la sentencia y partiendo de los mismos, la censura jurídica no puede acogerse por evidentes razones de seguridad jurídica, atendiendo a la doctrina unificada de la Sala IV del Tribunal Supremo, seguida por esta Sala en supuestos muy coincidentes con el aquí enjuiciado, entre otras ocasiones (SSTSJ Galicia de 30-9-04 R. 1473/02, 03/04/03 R. 710/03, 14/11/02 R. 4822/02, 21/09/02 R. 555/99, 03/07/02 R. 2116/99), en las que se señala: 1.- que la adecuada garantía de estabilidad en el puesto de trabajo impone en nuestro ordenamiento jurídico un concepto objetivo de empresa, que pone el acento en la vinculación de los trabajadores no con la persona del empresario, sino con el complejo organizativo de medios humanos y materiales que la empresa representa como generadora de derechos y obligaciones laborales garantizadas por el artículo 44 ET, de tal manera que mientras subsista la empresa como tal el contrato de trabajo resulta inmune a los cambios de titularidad empresarial; y de ello es reflejo el citado artículo 44 ET, que prevé la continuidad de la relación laboral en los casos de novación subjetiva de la persona del empleador, abarcando con su amplia expresión "cambio de titularidad" cualquier tipo de transmisión, ya sea inter vivos o mortis causa, ya se acentúe la nota de la sucesión en el conjunto orgánico de bienes y derechos que constituyen la empresa, ya por el contrario se haga hincapié en la sucesión de la actividad (SSTSJ Galicia 10/03/94 AS 903 y 29/06/95 AS 2326, siguiendo criterio expuesto por la STS 10/05/71), en el bien entendido de que la mayor parte de las situaciones contempladas judicialmente no integran supuestos en los que se transmita una empresa en funcionamiento, pues ello eliminaría todo litigio sobre la subrogación empresarial, sino que el desacuerdo surge precisamente -como observa la STSJ Asturias 15/12/95 AS 4597- cuando se trata de ocultar esa sucesión con el fin de evitar las consecuencias que entraña y se acude en el cambio de titularidad -añadimos- a mecanismos no transparentes.

2.- Más exactamente, el referido artículo 44 ET constituye la transposición al derecho español de la Directiva 77/1987 de la CEE, -hoy 2001/23 de 12 de marzo-, aplicable -conforme al artículo 1- a los trasposos de empresas, centros de actividad o partes de centros de actividad, como consecuencia de cesión contractual y difusión; y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia 65/1986, de 18/03 y Asunto Spijkers; Sentencia 54/1994, de 14/04 y Asunto Schmidt) ha mantenido que el elemento decisivo para determinar la presencia de una sucesión de empresa se encuentra en el mantenimiento de la identidad de la entidad económica, que resulta de la continuación o reanudación, por parte del nuevo



empresario, de las mismas o análogas actividades económicas, cuya concurrencia puede resultar de distintas circunstancias, como son la transmisión de elementos corporales o incorporeales, la transferencia de actividad o la transferencia del personal o la parte esencial del personal.

Ya en el ámbito de la Jurisprudencia española se ha mantenido unánimemente (así, SSTs de 22/06/83 AR. 3093, 26/01/87 AR. 292, 9/07/87 AR. 5123, 25/02/88 AR. 948, 19/06/89 AR. 4813, 16/01/90 AR. 129, 7/04/92 AR. 2028 ,...) que el supuesto de hecho contemplado por el artículo 44 ET requiere la concurrencia de dos requisitos: (a) que haya tracto o transmisión de un titular a otro, por cualquier procedimiento, lo que permite incluir los supuestos en los que la transmisión no es directa entre el primitivo empresario y el sucesor, e incluso aquellos otros en los que se disimula con la finalidad de evitar que operen sus efectos legales, siendo lo realmente decisivo a tales efectos, que haya continuidad en la actividad empresarial, y para ello cobra suma importancia comprobar el objeto de la actividad que desarrollan ambos empresarios, así como las circunstancias del lugar en que lo efectúan, los medios humanos y materiales con que lo hacen y el momento en que cada cual la lleva a cabo; y (b) que el objeto transmitido sea la empresa en su conjunto, alguno de sus centros de trabajo o, incluso, una de sus unidades productivas con capacidad para funcionar autónomamente.

3.- En tal línea esta Sala tiene declarado (así, sentencias de 03/04 R. 710/03, 21/09/02 R. 555/99, 03/07/02 R. 2116/99 y 24/04/96 R. 1699/96) que los amplios términos en que está redactado el artículo 44 ET determinan -SSTs 13/03/90 AR. 2069 y 10/05/91 AR. 3798 - que los supuestos de transmisión de empresas en él previstos sean configurados, unas veces acentuando la sucesión en el conjunto orgánico de bienes y derechos que constituyen la empresa, y en otras ocasiones haciendo hincapié en la sucesión de la "actividad", por entender que el entramado sistemático y funcional que subyace a la actividad productiva de la empresa es el auténtico nervio de la misma. De todas formas y con carácter general podemos señalar que el Tribunal Supremo ha venido interpretando el artículo 44 ET -como su precedente artículo 79 LCT - presuponiendo la concurrencia de dos elementos: el subjetivo, representado por la transferencia directa del negocio o centro de trabajo autónomo por cualquier tipo de transmisión; y el 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, o lo que es lo mismo, que la Empresa se transmita como unidad, en sus factores técnicos, organizativos y patrimoniales, realizada a través de cualquier figura jurídica y comprendiendo tanto la directa como la llevada a cabo con la interposición de un tercero, que incluso puede ser un Órgano de la Administración. Y precisamente por ello ha de excluirse la aplicación de los aludidos preceptos en los supuestos de transmisión de aislados elementos materiales o instrumentales, pero no del ente unitario que la Empresa representa (en este sentido, las SSTs 06/05/71 AR. 2568, 14/11/77 AR. 4510, 16/06/83 AR. 3017, 03/10/84 AR. 5224, 09/10/84 AR. 5263, 29/03/85 AR. 1454, 26/01/87 AR. 292, 11/05/87 AR. 3664 y 12/09/88 AR. 6875) .

4.- Asimismo se ha mantenido por la más reciente jurisprudencia -en tal sentido, SSTs 18/01/02 AR. 2514 y 22/05/00 AR. 4624 -, que en la sucesión de Empresas que regula el artículo 44.1 ET es requisito esencial "la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. Transmisión que puede afectar a la empresa, centro de trabajo o unidad productiva y en la que es cedente el empleador del trabajador cuyos derechos se discuten a la de la que se pretende sea su nuevo empleador" (con cita, entre otras, de las SSTs 05/04/93 AR. 2906, 23/02/94 AR. 1227, 27/12/97 AR. 9639 y 01/12/99 AR. 516). Y con mayor detalle, la STS 16/05/00 AR. 4619 reitera pronunciamiento de su precedente de 15/04/99 AR. 4408, recordando que "la transmisión de empresa que contempla el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es un fenómeno cuya posibilidad, a través de distintos negocios jurídicos y con diverso alcance, se contempla en nuestro ordenamiento en varios preceptos legales (artículos 324 y 1389 del Código Civil y 928 del Código de Comercio) y que se caracteriza porque su objeto - la empresa- está constituido por un conjunto de bienes organizado para lograr una finalidad económica.

En el presente caso, del relato fáctico así como de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, se desprende claramente la existencia de sucesión empresarial subsumible en el Art. 44 del ET al concurrir los requisitos que el precepto exige, en concreto, la recuperación por el Concello demandado de la actividad que venía siendo desarrollada por la Asociación Teiraboa, sin que tenga trascendencia a los efectos enjuiciados cual hubiera sido el título (arrendamiento, precario, Convenio de Colaboración...) en virtud del cual dicha Asociación dispuso del inmueble cedido por el Ayuntamiento, en el que vino ejerciendo la actividad de guardería, porque lo decisivo es que el Concello de Ames crease un servicio de guardería para la localidad de Milladoiro, recuperando a tal fin las instalaciones de titularidad municipal ocupadas hasta ese momento por la Asociación Teiraboa, lo que supuso la transmisión del elemento decisivo que configura la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación», y que permitía al Concello la recuperación de los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial, habiendo asumido el propio Concello la titularidad de la referida actividad de guardería en el mismo inmueble, con la misma clientela (la asociación contaba con 99 alumnos) y estos mismo 99 alumnos, y otros cuatro más, son los que constituyen el actual número de matriculados en la guardería. Por tanto, se han cumplido en el presente caso



los requisitos que con carácter general la jurisprudencia exige al interpretar el artículo 44 ET : El elemento subjetivo, representado por la asunción directa por parte del Concello del negocio que constituía la actividad de la Asociación Teiraboa, y el elemento objetivo, consistente en este caso en la entrega de los medios materiales para poder continuar la actividad, en este caso, constituidos esencialmente por la entrega del inmueble, sin que tenga gran relevancia que la Asociación haya llevado enseres de su propiedad (mobiliario, lámparas, etc.), prueba de ello es que fueron inmediatamente repuestos, y se pudo continuar desarrollando la actividad, sin solución de continuidad, lo que evidencia que lo decisivo fue la recuperación del inmueble, y que todos los alumnos que la Asociación tenía en la guardería, continuaron en la misma, ahora gestionada y dirigida por el Concello. Es decir, se produjo la transmisión del servicio en funcionamiento y la continuación del mismo por el Concello demandado.

Siendo éstas las circunstancias del caso, se ha producido una verdadera sucesión empresarial en los términos previstos en el Art. 44.1º del Estatuto de los Trabajadores respecto de la unidad productiva a que pertenecía el actor, que ha sido absorbida por el Ayuntamiento recurrente al hacerse cargo de forma directa del servicio de guardería, con lo que ha venido a sustituir íntegramente a la anterior empresa en la actividad desplegada por aquella, y como el actual empleador (el Ayuntamiento recurrente) no permite al actor continuar desempeñando sus funciones, es evidente que su cese es constitutivo de despido con los efectos previstos en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , proclamados en la sentencia recurrida. Por todo ello, procede, desestimar su recurso.

QUINTO.- Finalmente, debemos señalar, que la Sala no comparte la decisión de la sentencia de instancia en orden a declarar la responsabilidad solidaria de ambos demandados (Concello de Ames y Asociación Teiraboa), y ello porque, como ya hemos declarado en otros supuestos (Sentencia de 30 de julio de 2.002, Rec. 2746/02) en caso de subrogación o sucesión de empresas, la solidaridad ex lege se establece en el Art. 44 del ET por las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubiesen sido satisfechas; siendo así que en el presente caso lo reclamado son las consecuencias inherentes a declaración del despido improcedente (readmisión, o indemnización y salarios de tramitación), es decir son obligaciones nacidas con posterioridad y por consecuencia de la transmisión, y sólo podrían comportar una responsabilidad solidaria si la cesión fuese declarada delito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores , y no es este el caso. Pero como la Asociación demandada se aquietó al fallo de la sentencia de instancia, la Sala no puede variar dicho pronunciamiento judicial, porque de lo contrario incurriría en la vulneración de la "non reformatio in peius", haciendo más gravosa para la parte recurrente la resolución que recurre, por lo que, aunque tal declaración de condena solidaria no la compartimos, debemos confirmar la sentencia recurrida en este particular.

SEXTO.- Entrando en el examen del recurso planteado por la parte actora, se pretende, la revisión de los hechos declarados probados, a fin de que se adicione un párrafo segundo, al ordinal tercero de la sentencia de instancia, del tenor literal siguiente: "el actor ostenta el título universitario oficial de maestro en la especialidad de Educación Infantil por la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Vigo". Adición que se acepta, al estar acreditado por la documental obrante al folio 137 de los autos, (certificación de la Universidad de Vigo), prueba documental que no fue impugnada por ninguna de las partes por lo que tiene plena validez a los efectos pretendidos, siendo trascendente a los efectos de la resolución de la "litis". Interesa, igualmente, se adicione un nuevo ordinal, el vigésimo séptimo, del tenor literal siguiente: "el Convenio Colectivo de ámbito estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil (BOE 22 de agosto de 2003) fija en el Anexo 2 las Tablas salariales del año 2003, estableciendo en el Grupo II que el salario mensual correspondiente a la categoría de Educador Infantil asciende a 645,25.-€, sin prorrateo de pagas extras. El art. 52 del citado convenio establece el devengo de dos gratificaciones extraordinarias, por lo que el salario mensual con prorrateo de pagas extras asciende a 752,73 €.". Adición que igualmente se acepta, al estar debidamente acreditado y ser igualmente trascendente a los efectos de la resolución de la litis.

SÉPTIMO.- Entrando en el examen de la censura jurídica, se denuncia, infracción por aplicación indebida del Anexo I del Convenio Colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia de educación infantil, (BOE 22 de agosto de 2003, nº 201), por entender que el salario es superior al que se fija en la sentencia de instancia.

Censura jurídica que ha de merecer favorable acogida, pues, acreditado que el actor está en posesión de la titulación académica exigida por la legislación vigente, teniendo la categoría de educador infantil, deberá modificarse el salario regulador a efectos del despido, debiendo de tenerse en cuenta la cuantía señalada en las tablas salariales del convenio para dicha categoría que con el prorrateo de pagas extras asciende a 752,79 €.; por lo que la indemnización se fija en: 677,51 €, en tanto que los salarios de tramitación devengados hasta el 13 de diciembre de 2004, (fecha en que se incorporó al trabajo para el Ayuntamiento de Ames, la persona a la que sustituía), en la cantidad de: 250,93 €, en consecuencia con estimación del recurso interpuesto por la parte actora, se revoca la sentencia recurrida en lo que se refiere a este extremo.



OCTAVO.- Las costas del presente recurso han de ser impuestas al Ayuntamiento recurrente como parte vencida, incluyéndose en las mismas la cantidad de 300 euros en concepto de honorarios del Letrado del actor como parte impugnante (Art. 233.1 LPL).

En razón a lo expuesto,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por el CONCELLO DE AMES, y estimando el interpuesto por D. Pedro Jesús , contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de Santiago de Compostela , de fecha dieciocho de febrero de dos mil cinco, dictada en autos núm. 876/04 seguidos a instancia del trabajador demandante, sobre reclamación por despido, frente al Concello y la Asociación Teiraboa, se revoca parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto al salario regulador que debe regir el despido, fijándose la indemnización y los salarios de tramitación en la cuantía a que se ha hecho referencia en el anterior fundamento de derecho, y se confirma la resolución recurrida, en cuanto a los demás pronunciamientos, con imposición al Ayuntamiento de Ames de las costas causadas en el recurso, que incluirán la cantidad de 300 euros en concepto de honorarios del Letrado del actor como parte impugnante del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para unificación de doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 218 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral y una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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.