



Roj: **STSJ CAT 4389/2017 - ECLI: ES:TSJCAT:2017:4389**

Id Cendoj: **08019340012017103342**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **29/05/2017**

Nº de Recurso: **945/2017**

Nº de Resolución: **3492/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ADOLFO MATIAS COLINO REY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2015 - 8021450

EL

Recurso de Suplicación: 945/2017

ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ

ILMA. SRA. M. TERESA OLIETE NICOLÁS

ILMO. SR. ADOLFO MATIAS COLINO REY

En Barcelona a 29 de mayo de 2017

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 3492/2017

En el recurso de suplicación interpuesto por Traser Telecomunicaciones, S.L. frente a la Sentencia del Juzgado Social 17 Barcelona de fecha 16 de septiembre de 2016 , dictada en el procedimiento Demandas nº 471/2015 y siendo recurrido/a Esteban , Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U., Imesapi, S.A. y Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. ADOLFO MATIAS COLINO REY.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 16 de septiembre de 2016 , que contenía el siguiente Fallo:

"que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por Esteban , en cuanto dirigida contra "Traser Telecomunicaciones SL" y el Fondo de Garantía Salarial, y desestimándola totalmente, en cuanto dirigida contra "Imesapi SA" y "Telefónica Telecomunicaciones Públicas SAU",

1) debo declarar y declaro improcedente el despido efectuado por "Traser Telecomunicaciones SL" a la parte demandante con efectos desde el día 4.5.15;



- 2) debo condenar y condeno a "Traser Telecomunicaciones SL" a que readmita a la parte demandante en el mismo puesto y condiciones de trabajo que regían antes del despido o la indemnice en la cantidad de 24.948,99 euros; dicha opción deberá ser ejercitada en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, mediante escrito presentado en este Juzgado o comparecencia; en caso de que la demandada no ejercite ningún tipo de opción de forma expresa, se entenderá que procede la readmisión;
- 3) en caso de que "Traser Telecomunicaciones SL" opte por la readmisión, debo condenar y condeno a ésta a que, además, abone a la parte demandante los salarios de tramitación devengados desde el despido hasta el día en que se notifique esta sentencia, a razón de 91,64 euros brutos diarios;
- 4) debo absolver y absuelvo a "Traser Telecomunicaciones SL" de las restantes peticiones formuladas contra ella en la demanda;
- 5) debo absolver y absuelvo a "Imesapi SA" y "Telefónica Telecomunicaciones Públicas SAU" de todas las peticiones formuladas contra ellas en la demanda;
- 6) debo absolver y absuelvo de las peticiones de la demanda al Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de sus responsabilidades legales."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

1º- El demandante, Esteban , estuvo trabajando por cuenta y bajo la dependencia de la empresa "Imesapi SA" (en adelante, Imesapi), en la actividad de mantenimiento de cabinas, soportes y teléfonos de uso público, con la categoría profesional de oficial mantenimiento TP y jornada completa, en el centro de trabajo de Barcelona, sin ostentar cargos de representación unitaria ni sindical.

2º- El demandante empezó formalmente a prestar servicios para Imesapi el 2.7.08 en virtud de un contrato de trabajo suscrito en la indicada fecha y redactado con arreglo al modelo oficial de los de duración determinada para obra servicio. Las cláusulas tercera y sexta de dicho contrato eran del tenor literal siguiente:

TERCERA: La duración del presente contrato se extenderá desde 02/07/2008 hasta la finalización del contrato de mantenimiento de cabinas telefónicas de Barcelona entre IMESAPI, SA y Telefónica Telecomunicaciones Públicas. (...)

SEXTA: El contrato de duración determinada se celebra para la realización de la obra o servicio...trabajos de mantenimiento, conservación, limpieza, reparación de los soportes y terminales, recaudación, recuento, publicidad e instalaciones de soportes, teléfonos de uso público y dispensadores de tarjetas en el ámbito territorial de la provincia de Barcelona y su Área Urbana...teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa.

Se da por reproducido en su integridad el contrato de trabajo mencionado (folios 152 y 153).

3º- El 17.12.07, Imesapi y "Telefónica Telecomunicaciones Públicas SAU" (en adelante, TTP) firmaron un contrato por cuya virtud Imesapi se obligaba a realizar la gestión y explotación de teléfonos de uso público en el ámbito territorial de Barcelona y Tarragona con efectos desde el 1.5.08 y con duración inicial de dos años prorrogables.

Mediante documento firmado el 8.7.10, las partes acordaron la prórroga del contrato hasta el 30.4.12.

Se dan por reproducidos en su integridad el contrato y el documento de prórroga (folios 213 a 218).

4º- El 19.4.12, Imesapi y TTP firmaron un contrato por cuya virtud Imesapi se obligaba a realizar la gestión y explotación de teléfonos de uso público en el ámbito territorial de Barcelona, Tarragona, Lleida y Girona con efectos desde el 1.5.12 y con duración inicial de dos años prorrogables.

Mediante documento firmado el 1.2.14, las partes acordaron la prórroga del contrato hasta el 30.4.15.

Se dan por reproducidos en su integridad el contrato y el documento de prórroga (folios 219 a 225).

5º- Imesapi también resultó adjudicataria de los servicios de gestión y explotación de teléfonos de uso público en el ámbito territorial de Zaragoza, Huesca, Teruel, Navarra, Cantabria, La Rioja, Alava, Guipúzcoa y Vizcaya.

6º- Mediante contrato firmado el 27.1.15, "Traser Telecomunicaciones SL" (en adelante Traser) y TTP acordaron que la primera se haría cargo del servicio de gestión y explotación de los teléfonos de uso público en el ámbito territorial de País Vasco, Aragón, La Rioja, Cantabria y Navarra con efectos desde el 1.5.15 y duración de dos años prorrogables. En el contrato, se incorporó un anexo con el listado de la "plantilla subrogable" y en el que figuraban 7 trabajadores (3 de Zaragoza, y 1 por cada una de las provincias de Guipúzcoa, Logroño, Navarra y Teruel).



Mediante otro contrato firmado en la misma fecha, las indicadas partes acordaron que Traser se haría cargo del servicio en el ámbito territorial de Cataluña con la misma fecha efectos e igual duración. También en este caso se incorporó al contrato un listado de la "plantilla subrogable" y en el que figuraban 22 trabajadores (17 de Barcelona, 3 de Girona, 1 de Lleida y 1 de Tarragona). El demandante no figuraba en el listado.

Se dan por reproducidos los dos contratos en su integridad (folios 278 a 285).

7º- Mediante carta de 15.4.15, que se da por reproducida en su integridad (folio 171), Imesapi comunicó al demandante la extinción de su contrato de trabajo para el 30.4.15 por cesar en la contrata con efectos a la indicada fecha, añadiendo lo siguiente: *"todo ello sin perjuicio de su posible derecho a ser subrogado por la empresa TRASER TELECOMUNICACIONES S.L., adjudicataria del precitado contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 del Convenio Colectivo del Sector de Mantenimiento de Cabinas, Soportes y Teléfonos de Uso Público (BOE 15-VII-1997) y Acuerdo que modifica el Convenio Colectivo (BOE 10-1-2003), y en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores "*.

8º- Mediante carta de 13.4.15, Imesapi comunicó a Traser la relación de trabajadores que consideraba subrogables con arreglo a la regulación contenida en el artículo 9 del convenio colectivo del Sector de Mantenimiento de Cabinas, Soportes y Teléfonos de Uso Público y acuerdo modificativo del mismo. El listado contenía un total de 50 trabajadores, entre los que se encontraba el demandante. Y mediante carta de 16.4.15, adjuntó la documentación referida a dichos trabajadores.

Dicha carta fue contestada por Traser mediante carta de 27.4.15 (fecha de imposición del burofax) en la que manifestó que el único personal que subrogaría sería el contenido en el anexo XII del pliego de condiciones generales y específicas para la ejecución del servicio. Junto con la carta, la empresa acompañó dos listados iguales a los adjuntos a los contratos de 27.1.15, con la única diferencia de que, en el listado correspondiente a Cataluña, no figuraba Sabino, del centro de trabajo de Barcelona, que sí figuraba en el listado del contrato de 27.1.15.

Se dan por reproducidas en su integridad las tres cartas (folios 176 a 186).

9º- Mediante carta de 29.4.15, Imesapi comunicó a Traser un nuevo listado de trabajadores subrogables. Dicho listado contenía un total de 38 trabajadores (18 de Barcelona, 3 de Tarragona, 2 de Cantabria, 4 de Zaragoza, 1 de La Rioja, 3 de Vizcaya, 1 de Guipúzcoa, 1 de Navarra, 1 de Teruel, 3 de Girona y 1 de Lleida). El demandante figuraba incluido en dicho listado.

Se da por reproducida dicha carta en su integridad (folios 187 a 197).

10º- Con efectos al 1.5.15, Traser dio de alta en la Seguridad social a todos los trabajadores contenidos en el listado enviado por Imesapi en la carta de 29.4.15, a excepción del demandante y de Juan Francisco, del centro de trabajo de Cantabria.

11º- Mediante contrato firmado el 25.3.15, Imesapi vendió a Traser la totalidad de maquinaria, enseres, herramientas y equipos que utilizaba en la ejecución de la contrata, descritos en el anexo I del contrato, por 50.000 euros más IVA.

Se da por reproducido dicho contrato en su integridad (folios 198 a 212).

12º- El último día en que el demandante estuvo prestando servicios para Imesapi fue el 30.4.15, jueves. El 4.5.15, lunes, siguiente día hábil, el demandante acudió al centro de trabajo. Una vez allí, el encargado, Casimiro, en presencia del delegado sindical Eulogio, le dijo al demandante que Traser no le iba a subrogar e intentó entregarle una carta de la empresa fechada a 1.5.15, que se da por reproducida en su integridad (folio 496) y en la que se le comunicaba la voluntad de no subrogarle por considerar la empresa que no estaba obligada a ello. Tras la reunión, el demandante se marchó del centro de trabajo.

13º- La suma de las bases de cotización del demandante correspondientes al periodo 1.5.14-30.4.15 asciende a 33.745,93 euros, de los que 1.558,80 euros corresponden al "plus distancia", a razón de 129,90 euros cada mes.

14º- Con anterioridad al 2.7.08, el demandante estuvo prestando servicios por cuenta y dependencia de las empresas "Liser Telefonía SL" y "Tecnocontrol SA" durante los periodos siguientes:

"Liser Telefonía SL": 1.7.03-30.4.04

"Tecnocontrol SA": 3.5.04-2.11.04, 15.11.04-15.12.04 y 17.12.04-30.4.08.

15º- El demandante estuvo percibiendo prestaciones por desempleo desde el 25.5.08 hasta el 1.7.08.



16º- La relación laboral mantenida entre el demandante y "Liser Telefonía SL" se formalizó en virtud de los siguientes contratos de trabajo:

- 1.7.03 a 2.10.03: contrato de interinidad
- 3.10.03 a 3.4.04: contrato eventual
- 5.4.04 a 30.4.04: contrato para obra o servicio

La relación laboral mantenida entre el demandante y "Tecnocontrol SA" se formalizó en virtud de los siguientes contratos de trabajo:

- 3.5.04 a 2.11.04: contrato eventual
- 15.11.04 a 15.12.04: contrato para obra o servicio
- 17.12.04 a 30.4.08: contrato para obra o servicio

17º- "Liser Telefonía SL" y "Tecnocontrol SA" fueron empresas adjudicatarias del servicio de mantenimiento de las cabinas telefónicas de TTP.

18º- Mediante carta de 14.4.08, que se da por reproducida en su integridad (folio 728), "Tecnocontrol SA" comunicó al demandante la extinción de la relación laboral con efectos al 30.4.08, manifestando que, con efectos al 1.5.08, la contrata se mantenimiento de cabinas telefónicas había sido adjudicada a Imesapi, hecho, según la carta, *"determinante para su relación laboral, ya que, según las disposiciones establecidas en el artº 44 del Estatuto de los Trabajadores y demás disposiciones convencionales, Vd. se encuentra vinculado al servicio que nos ocupa"*. La carta finalizaba exhortando al demandante a que se pudiera en contacto con Imesapi a fin de instrumentar su continuidad en la relación laboral.

19º- El 18.5.15, la parte demandante presentó papeleta de conciliación en la SCI. El acto de conciliación se celebró el 9.6.15 con el resultado de "sin avenencia".

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada Traser Telecomunicaciones S.L. , que formalizó dentro de plazo, y que la parte demandada Telefónica Telecomunicaciones Públicas, Imesapi S.A. y la parte actora , a las que se dió traslado impugnaron , elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia, que estimó parcialmente la demanda interpuesta por el demandante, sobre despido, que califica como improcedente, condenando a una de las empresas demandadas a las consecuencias derivadas de dicha declaración, se interpone por ésta el presente recurso de suplicación.

La sentencia de instancia absolvió a la empresa principal y a la anterior empresa prestadora del servicio de las consecuencias derivadas de la calificación del despido como improcedente, imponiéndoselas a la empresa entrante.

El recurso se formula con amparo procesal en los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y el mismo tiene por objeto, por un lado, la revisión de los hechos probados de la resolución recurrida y, por otro, el examen de la infracción de normas sustantivas.

SEGUNDO.- En los primeros motivos del recurso y con correcto amparo procesal, la parte recurrente solicita la revisión de los hechos probados undécimo y décimo.

En relación con dicha petición, debe indicarse que, conforme a una reiterada jurisprudencia (STS de 11 de junio de 1993 , 15 y 26 de julio y 26 de septiembre de 1995 , 2 y 11 de noviembre de 1998 , 2 de febrero de 2000 , 24 de octubre de 2002 y 12 de mayo de 2003), para que prospere el motivo del recurso dirigido a la revisión fáctica, es necesario: "1º.- Que se citen documentos concretos de los que obren en autos que demuestren de manera directa y evidente la equivocación del juzgador, cuando tales pruebas no resulten contradichas por otros elementos probatorios unidos al proceso. 2º.- En segundo lugar, que se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que ponga de relieve el error denunciado. 3º.- Que la modificación propuesta incida sobre la solución del litigio, esto es, que sea capaz de alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida. 4º.- que se identifiquen de manera concreta los hechos probados cuya revisión se pretende, para modificarlos, suprimirlos o adicionarlos con extremos nuevos, y al mismo tiempo ha de proponerse la redacción definitiva para los hechos modificados" (En el mismo sentido sentencia del Tribunal Supremo de de 24 de junio de 2008). La jurisprudencia viene condicionando el éxito del motivo a la concurrencia de una serie de presupuestos adicionales: 1º) La revisión de hechos no faculta al tribunal a



efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental alegada que demuestre patentemente el error de hecho. 2º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (SSTS 16 de diciembre de 1967 , 18 y 27 de marzo de 1968 , 8 y 30 de junio de 1978 , 6 de mayo de 1985 y 5 de junio de 1995). 3º) En el supuesto de documento o documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (SSTC 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990, de 15 de febrero , con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable (SSTS 10 de marzo de 1980 , 30 de octubre de 1991 , 22 de mayo y 16 de diciembre de 1993 y 10 de marzo de 1994). 4º) La revisión fáctica no puede sustentarse en medios de prueba que no sean la prueba documental pública o privada en el sentido ya expuesto. Por tanto, la revisión del relato fáctico de una sentencia exige la cita de prueba documental que evidencie el error de valoración que se denuncia de un modo claro y absolutamente incontrovertido, "de forma clara, patente y directa de la prueba documental -o pericial- obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas" [SSTS 6-7-2004 (Rec. 169/2003) , 18-4-2005 (Rec. 3/2004) , 12-12-2007 (Rec. 25/2007) , o 5-11-2008 (Rec. 47/2007)].

TERCERO.- En primer lugar, solicita la parte recurrente la revisión del ordinal undécimo, proponiendo una redacción alternativa en los términos que constan en el escrito de formalización del recurso, si bien los dos primeros párrafos contienen una redacción idéntica a la de la resolución recurrida. Lo que se pretende es que se adicione que, además del contrato de compraventa a que se hace referencia, "Traser suscribió contratos de leasing financiero para 15 vehículos destinados al desarrollo de la actividad de la contrata (folios 309 a 351). También adquirió 19 vehículos a otras empresas (folios 352 a 370, 386, 396 a 397), así como el resto de los bienes especificados en el documento nº 9 (folios 371 a 373, 380 a 385, 387 a 397, 398 a 496) que se da por reproducido, entre otros, ordenadores, ropa de trabajo, herramientas, carretillas elevadoras y seguros por valor de 430.106,81 euros, más IVA". Se remite a los documentos indicados, Pero la adición que se insta no puede ser aceptada; por un lado, la misma es intrascendente a los efectos de resolver la cuestión controvertida; por otro lado, no se cuestiona que la recurrente adquiriera las cosas que figuran en el bloque documental nº 9, folios 308 a 495, lo que se analiza en el fundamento de derecho décimo de la sentencia recurrida. Y, por último, porque el Juzgador de instancia ya indica que no existe ninguna prueba de que todas las cosas que aparecen en dichos documentos se hubieran aplicado a la contrata, y, aun admitiendo que ello fuese así, ello no implicaría que lo transmitido en virtud de la compraventa no fuera la infraestructura necesaria para el ejercicio de la actividad. La resolución de instancia tiene en cuenta que ha existido un contrato de compraventa de bienes entre ambas empresas, que no se cuestiona, y no se discute tampoco que también adquiriera los vehículos o los bienes especificados en dicho bloque documental, si bien cuestión distinta es la valoración sobre si lo adquirido en virtud del referido contrato de compraventa es o no significativo para que opere el mecanismo de la sucesión, que es lo que la parte recurrente pretende sostener mediante la introducción de frases dirigidas a que conste que dichos bienes, es decir, los que no fueron objeto de dicho contrato de compraventa, iban destinados al desarrollo de la actividad de la contrata, frente al criterio mantenido en la resolución de instancia, en donde se afirma una conclusión distinta.

CUARTO.- Se propone también por la parte recurrente una redacción alternativa del ordinal décimo, en los términos que constan en el escrito de formalización del recurso. Lo que se pretende es que se haga constar que la empresa recurrente dio de alta y se subrogó respecto a 29 trabajadores que se relacionaban en el Anexo XII del Pliego de Condiciones que cumplían con las condiciones del art. 9 del Convenio Colectivo aplicable, más otros dos trabajadores, Don Vidal y Don Juan Miguel , vinculados con contrato de relevo a otros dos trabajadores subrogables de Barcelona (folios 278 a 288, en relación con los folios 228 a 247). Y que con posterioridad la recurrente ha contratado "ex novo" a otros 6 trabajadores que habían prestado servicios para la empresa saliente, 1 en la contrata de Barcelona (folio 229), 2 en Tarragona (folio 243), 2 en Vizcaya (folio 425), 1 en Zaragoza (folio 247), así como a otros dos trabajadores que no figuraban en la relación de los trabajadores que constituían la plantilla de la empresa saliente en el momento del cambio de contratista (Don Benjamín , folio 233, y Don Eusebio , folio 237). Se remite a dichos documentos que cita en el texto de la redacción propuesta y se indica también que la revisión se ampara en la documental de vida laboral, folios 228 a 247, así como los contratos suscritos entre la recurrente y la empresa principal, con inclusión del Anexo XII de plantilla subrogable, folios 278 a 288. Pero el motivo del recurso tampoco puede ser aceptado; en la sentencia de instancia ya se hace referencia a que la subrogación afectó a los trabajadores contenidos en el listado que se indica, y, en el fundamento de derecho undécimo, se hace referencia a los trabajadores que serían objeto de subrogación, 29 trabajadores, y que la empresa recurrente dio de alta a 38 trabajadores, que eran los que figuraban en el último listado. Lo que la parte recurrente pretende hacer constar es que ocho de estos trabajadores fueron contratados "ex novo", y que, por tanto, no existió subrogación, pero dicho extremo es más jurídico que fáctico, en la medida en que no se discute que estos trabajadores habían estado vinculados



con la anterior contrata, sino que lo que se pretende es que se indique que la subrogación no afectó a éstos trabajadores. Lo que sucede es que, si bien inicialmente la empresa contestó que solo se subrogaría en las condiciones laborales de 29 trabajadores, posteriormente la empresa dio de alta a todos los trabajadores que estaban incluidos en la carta de 29 de abril de 2.015, es decir, 38, si bien no dio de alta ni al demandante ni a otro trabajador en otro centro de trabajo. Lo que se pretende por la parte recurrente es que se indique que estos trabajadores no fueron subrogados, pero en la sentencia de instancia ya constan los extremos fácticos necesarios para resolver la cuestión controvertida, pues en ella se hace referencia a que pasaron a prestar servicios para la empresa recurrente los trabajadores que constan en el listado de 20 de abril de 2.015, es decir, 38 trabajadores, los cuales eran, por un lado, los que constan en el listado inicial, y, por otro, los restantes trabajadores con los que la recurrente suscribió contratos de trabajo.

QUINTO.- En el cuarto motivo del recurso, la parte recurrente, con correcto amparo procesal, denuncia la infracción del artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 56 del mismo texto legal y con el art. 3.1. de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2.001, 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, en conexión con el art. 44 del citado Estatuto. Lo que plantea en este motivo la parte recurrente es que la empresa saliente lo que hizo fue extinguir el contrato de trabajo temporal del demandante por la causa prevista en el art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, por terminación de la obra o servicio objeto de la contratación, por lo que no cabe analizar la posible existencia de subrogación en la empresa entrante a la que hace referencia la carta de extinción de manera subsidiaria.

Es cierto, como argumenta la parte recurrente, que la doctrina unificada ha venido declarando que para que opere la garantía que establece el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores es necesario que el contrato de trabajo continúe vigente y que no se haya extinguido válidamente en el momento de la transmisión, siendo, por tanto, constante el criterio que exige que el contrato se halle en vigor para que pueda operar el mecanismo de la subrogación. Pero, en realidad, dicho motivo del recurso está directamente relacionado con el anterior, pues la demanda de despido planteaba la existencia de una situación de sucesión empresarial entre la empresa recurrente y la anterior adjudicataria del servicio, como se indica en el hecho quinto de la demanda, en el que se expone que se demanda a la ahora recurrente por ser la empresa que se ha subrogado en el mantenimiento de las cabinas y en la que se debería continuar trabajando, así como a la empresa saliente y a la empresa principal.

La parte recurrente entiende que la comunicación escrita remitida por la empresa saliente al trabajador implica la ruptura del vínculo contractual que ambas partes mantenían, por lo que no es posible aplicar el mecanismo de la sucesión o de la subrogación. Pero este criterio no puede ser aceptado; es cierto que en dicha comunicación se alude a la extinción del contrato de trabajo, pero tal extinción con la empresa saliente lo es sin perjuicio del derecho al trabajador a ser subrogado por la nueva empresa, si se cumplen los requisitos para ello. La cuestión es si la nueva empresa está obligada a subrogarse en los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo del demandante, bien por aplicación de la sucesión de empresa, bien por aplicación de la subrogación convencional, pues no debe desconocerse que la situación de sucesión o subrogación aparece configurada como un derecho del trabajador para incorporarse a la nueva adjudicataria. Indica la parte recurrente que cuestión distinta es que la empresa saliente se hubiera limitado a comunicarle el cese del servicio al actor por cambio de contrata, indicándole los datos de la nueva adjudicataria y su obligación de subrogación, pero, sin perjuicio de que la comunicación escrita no puede entenderse como una decisión extintiva del vínculo, en todo caso, tanto los supuestos de sucesión de empresa, como de subrogación convencional, aparecen configurados como un mecanismo de garantía de los derechos del trabajador, entre ellos el de poder instar su incorporación a la nueva adjudicataria; y, aunque es cierto que aquél deberá acreditar los hechos en los que base su pretensión, la nueva empresa no puede extinguir válidamente los contratos de trabajo, cuando concurren los requisitos exigidos para que operen dichos mecanismos subrogatorios.

SEXTO.- Con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, la parte recurrente denuncia la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, así como de los artículos 1.1 y 3.1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2.001, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, así como de la jurisprudencia que cita.

La primera observación que debe efectuarse es que, según se desprende del precepto que se denuncia como infringido, así como de las normativa comunitaria, para que pueda apreciarse la existencia de un supuesto de sucesión, es necesario que se haya producido la transmisión de una "entidad económica" formada o estructurada por "un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica que persigue un objetivo propio". Como se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2.012, rec. 3627/2011, con remisión a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia 463/2009, este



Tribunal ha considerado asimismo que puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 77/187 una situación en la que una empresa que se sirve de otra empresa para la limpieza de sus locales o de una parte de éstos, decide poner fin al contrato que la vincula a ésta y, en adelante, ejecutar por sí misma esas tareas. Sin embargo conforme al artículo 1, apartado 2 letra b), de la Directiva 2001/23, para que ésta resulte aplicable, la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular. Y para determinar si tal entidad mantiene su identidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan a la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (véanse, en particular, las sentencias de 18 de marzo de 1986, Spijkers, 24/85, Rec. p, 1119, apartado 13; de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting, C- 29/91, Rec, p. I-3169, apartado 24; de 11 de marzo de 1997, Súzen, C-13/95, Rec, p. I- 1259, apartado 14, y de 20 de noviembre de 2003, Abler y otros, C-340/01, Rec. p. I- 14023, apartado 33). Para apreciar las circunstancias de hecho que caracterizan la operación de que se trata, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta el tipo de empresa o de 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 o en la parte del centro de actividad de que se trate (sentencias antes citadas Súzen, apartado 18, e Hidalgo y otros, apartado 31)".

Y, en dicha sentencia, se ha declarado que una entidad económica puede funcionar, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, de modo que el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos (véanse las sentencias antes citadas, Súzen, apartado 18; Hernández Vidal y otros, apartado 31, y UGT- FSP, apartado 28). - Así ha declarado que, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable (véanse las sentencias Súzen, antes citada, apartado 21 Hernández Vidal y otros, antes citada, apartado 32; de 10 de C173/96 y C-247/96, Rec, p. I-8237, apartado 32 de 24 de enero de 2002, Temco, C-51/00, Rec. p. I-969, apartado 33, y UGT- FSP antes citada, apartado 29). A este respecto, se indica, poco importa que la asunción de una parte esencial del personal se realice en el marco de la cesión convencional negociada entre el cedente y el cesionario o que resulte de una decisión unilateral del antiguo empresario de rescindir los contratos de trabajo del personal cedido, seguida de una decisión unilateral del nuevo empresario de contratar a la mayor parte de la plantilla para cumplir las mismas tareas. Y se añade que, en efecto si en caso de asumir una parte esencial de la plantilla, la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23 se supeditara a que tal asunción tenga un origen puramente contractual, la protección de los trabajadores que constituye el objetivo de esta Directiva quedaría en manos del empresario, el cual, absteniéndose de celebrar tal contrato, podría eludir la aplicación de dicha Directiva, en perjuicio de los derechos de los trabajadores cedidos que, sin embargo, están garantizados por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/23. - 39 Es preciso reconocer, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que una actividad de limpieza, como la del procedimiento principal puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra (véase, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Hernández Vidal y otros, apartado 27; Hidalgo y otros, apartado 26, y Jouini y otros, apartado 32), y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de limpieza puede, a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica (en este sentido, véase la sentencia Hernández Vidal y otros, antes citada, apartado 27). No obstante en este supuesto es preciso además que dicha entidad mantenga su identidad aun después de la operación de que se trate.

Llegados a este punto, debe indicarse que, en el supuesto analizado, la sentencia de instancia ha aplicado correctamente el precepto que la parte recurrente denuncia como infringido. Tras exponer la doctrina anteriormente indicada en relación con la sucesión de empresas, la resolución recurrida considera que sí se ha producido dicha situación de sucesión empresarial, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del



supuesto analizado. En tal sentido, los elementos a tener en cuenta, de acuerdo con el relato fáctico, son, por un lado, que la actividad que desarrollaba la empresa saliente continua desempeñándose por la entrante y la misma consiste, esencialmente, en el servicio de mantenimiento de cabinas telefónicas. Estos elementos -transmisión de medios materiales, transmisión de la plantilla, o de la mayor parte de ella, identidad de las actividades desempeñadas-, son solo aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe realizarse y no puede apreciarse aisladamente.

En este caso, se trata de una actividad que recae esencialmente en la mano de obra; al respecto debe indicarse que la denominada "sucesión de plantilla" ha sido admitida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, a partir de su sentencia de 27-10-2004 (Rec. 899/2003), seguida por las SSTs de 4-4-2005 (Rec. 2423/2003), 29-5-2008 (Rec. 3617/2006), 28-4-2009 (Rec. 4614/2007), 23-10-2009 (Rec. 2684/2008), 7-12-2009 (Rec. 2686/2008), 7-12-2011 (Rec. 4665/2010), 13-6-2013 (RJ 2013/5724), 20-11-2012 (Rec. 3900/2011), 19-9-2012 (Rec. 3056/2011), entre otras muchas. Y, en el supuesto que se analiza, la empresa ahora recurrente ha asumido una parte sustancial de la plantilla de la anterior, tanto en el ámbito territorial de Cataluña como en otros centros de trabajo; en los hechos probados sexto a décimo se ofrecen los datos sobre la relación de trabajadores que se consideran subrogables por una u otra empresa; la ahora recurrente aceptó la lista definitiva de todos los trabajadores objeto de la subrogación que le había remitido la anterior empresa, excepto en el caso del demandante y el de otro trabajador. Pero si se tienen en cuenta los datos que se exponen en dicha narración fáctica, los mismos permiten aceptar que la empresa recurrente ha asumido una parte sustancial de la plantilla de la empresa saliente, lo que permitiría considerar que estamos ante una unidad productiva autónoma a efectos de la sucesión.

Además, en el presente supuesto, se ha producido también una transmisión de elementos patrimoniales, como se indica en el ordinal undécimo, que recayó sobre el conjunto de cosas afectas a la actividad desarrollada por la empresa saliente, como se indica en el fundamento de derecho décimo; es cierto que la empresa recurrente procedió a la adquisición de otra serie de elementos, pero el Magistrado de instancia rechaza que las mismas se hubiesen aplicado a la contrata, al no existir prueba de ello; o, incluso en el caso de que así hubiese sido, ello no implicaría que lo transmitido en virtud del contrato de compraventa suscrito entre la empresa saliente y la entrante no constituyera la infraestructura necesaria para el ejercicio de la actividad, sin que exista prueba suficiente de que aquellos elementos transmitidos en virtud de dicho contrato de compraventa no fueran suficientes para el ejercicio de la actividad. Por ello, teniendo en cuenta los datos anteriormente indicados, puede compartirse el criterio mantenido en la resolución de instancia de que se ha producido un supuesto de sucesión, a los efectos del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores.

SEPTIMO.- La última cuestión que debe analizarse es la que se formula en el primer motivo del recurso dirigido a la censura jurídica, mediante el que la parte recurrente denuncia la infracción del artículo 43.3 del Convenio Colectivo de empresa, en relación al plus distancia, así como la jurisprudencia que desarrolla las percepciones salariales. En la sentencia de instancia se ha tenido en cuenta, para determinar el salario regulador del despido, la suma de las bases de cotización del demandante en el año anterior al despido, incluyendo los importes correspondientes al denominado "plus distancia", en la cuantía que se indica en el hecho probado décimo tercero, argumentando el Juzgador de instancia que dicho plus debe integrar el concepto de salario, por los motivos que expone en el fundamento de derecho quinto, párrafo segundo.

El denominado "plus distancia" tiene en principio naturaleza extrasalarial, ya que no es una contraprestación por el trabajo realizado, sino una compensación por el tiempo invertido como consecuencia del desplazamiento del trabajador desde su domicilio a su lugar de trabajo; el artículo 43.3 del Convenio Colectivo indica que es "la parte de retribución fija, abonada en 12 mensualidades, en compensación al mismo tiempo invertido a efectuar por el trabajador en el desplazamiento desde su residencia habitual hasta el centro de trabajo". La cantidad que figura en las tablas salariales de percepción mensual de dicho plus es la misma para todas las categorías profesionales, y se abonaba en 12 mensualidades, a diferencia del salario y de otros complementos salariales cuyo importe varía en función de las diversas categorías profesionales; en las nóminas del trabajador, que obran en los folios 155 a 170, correspondientes al período que se computa, consta que, si bien el trabajador percibía el mismo importe mensual en concepto de "plus distancia", no consta que lo percibiera en el mes de septiembre de 2014, en el que realizó vacaciones, en la que se le liquida por dicho concepto 1 día. Por ello, al venir configurado como una compensación por el mayor tiempo invertido como consecuencia del desplazamiento del trabajador a su lugar de trabajo, debe considerarse como un plus extrasalarial, y, por tanto, no puede ser computado para fijar el salario regulador del despido.

La sentencia de instancia ha considerado que el salario regulador del despido debe ser de 91,64 euros, que fue el alegado por el demandante, si bien el resultado de dividir el salario anual entre 365 arrojaría una cifra ligeramente superior, 92,45 euros. Si no se computa la cantidad percibida en concepto de "plus distancia" como salario regulador del despido, su importe sería de 88,18 euros, y el importe de la indemnización



ascendería a la cantidad de 24.007 euros (88,18 x 272,25 días, que son los que computa la sentencia de instancia como antigüedad y cuyo extremo no se discute), por lo que procede estimar parcialmente el recurso y fijar el importe de la indemnización por la calificación del despido como improcedente en el anteriormente indicado, acordando la devolución del depósito constituido para recurrir, así como el exceso del importe de la consignación.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por TRASER TELECOMUNICACIONES, S.L., contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 17 de los de Barcelona de 16 de septiembre de 2.016, dictada en los autos nº 471/2015, revocamos parcialmente dicha resolución en el sentido de fijar el importe de la indemnización en la cantidad de VEINTICUATRO MIL SIETE EUROS, confirmando los restantes pronunciamientos de la resolución recurrida. Sin costas. Devuélvase a la parte recurrente los depósitos constituidos para recurrir, así como el exceso de consignación para garantizar el cumplimiento de la condena.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.