



Roj: **STSJ M 12014/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:12014**

Id Cendoj: **28079340012017100995**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/12/2017**

Nº de Recurso: **846/2017**

Nº de Resolución: **1077/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG : 28.079.00.4-2015/0024450

Recurso número: 846/17

Sentencia número: 1.077/17

Gi.

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilma. Sra. D^a. ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

En la Villa de Madrid, a UNO DE DICIEMBRE DE DOS MIL DIECISIETE, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 846/17, formalizado por el Sr. Letrado D. EMILIO TESTA TORIBIO, en nombre y representación de D. Leopoldo contra la sentencia de fecha 17 de marzo de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social número 19 de MADRID , en sus autos número 545/2015, seguidos a instancia de la parte recurrente frente a RICOH SPAIN IT SERVICES S.L., GOBERTISAR 99 S.L., FIGUERAS ADVOCATS SLP y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre reconocimiento de DERECHO y reclamación de CANTIDAD, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO



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

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos probados:

1. El demandante, DON Leopoldo , ha prestado servicios por cuenta y bajo la dependencia de Aventia Iberia SL desde el 3 de febrero de 2003, con una categoría profesional de analista programador, incluido dentro del grupo profesional III, técnicos de oficina, con una jornada completa, contrato indefinido, y un salario pactado en el contrato según el Convenio Colectivo (folios 8 y siguientes).
2. En el mes de agosto de 2012 el demandante percibió un salario de 3.945,95 euros con prorrateo de pagas extra (folio 11).
3. El 28 de noviembre de 2012 el demandante comunicó a Aventia Iberia SL se intención de disfrutar de un periodo de excedencia voluntaria por un periodo de 2 años, a iniciar a partir del día 21 de diciembre de 2012 (folio 12).
4. El 7 de junio de 2013 el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona declaró el concurso de Gobertisar 99 SL, antes denominada Aventia Iberia SL, designando como administrador concursal a FIGUERAS ADVOCATS SLP (folios 88, y 117 y siguientes).
5. El 8 de julio de 2013 el indicado Juzgado de lo Mercantil aprobó el plan de liquidación de esa sociedad (folios 124 y siguientes).
6. Por auto de ese Juzgado de 26 de julio de 2013 se autorizó a la administración concursal a transmitir a Ricoh España SLU la unidad productiva de Gobertisar 99 SL. En dicha resolución, que obra a los folios 128 y siguientes, que se da por reproducida, se indicaba que el adquirente no quedaba subrogado ni responsable solidario en la parte de la cuantía de los salarios e indemnizaciones laborales pendientes de pago anteriores a la enajenación. El 31 de julio de 2013 se complementó el mencionado auto, permitiendo, entre otras cosas, a la adjudicataria la posibilidad de ceder el remate a terceros (folios 128 y siguientes).
7. El 14 de agosto de 2013 Gobertisar 99 SL transmitió la unidad productiva a RICOH SPAIN IT SERVICES S.L., a cuyo favor cedió el remate Ricoh España SLU. La escritura de transmisión obra a los folios 138 y siguientes, que se dan por reproducidos. En la misma se indicó que la adquisición de la Unidad Productiva comportaba la subrogación por sucesión de empresa de un total de 275 trabajadores en las condiciones referidas en el auto de adjudicación, siendo tales trabajadores los que figuran en el anexo XIII, en el que no está el actor.
8. El 28 de octubre de 2014 el demandante comunicó a RICOH su deseo de reincorporarse (folios 14 y 15).
9. El 20 de enero de 2015 RICOH SPAIN IT SERVICES S.L. contestó al demandante por medio del documento obrante al folio 26 de los autos, que se da por reproducido, en el que se le indicaba que dicha sociedad era la adquirente de la unidad productiva autónoma de Aventia Iberia SL a la que el demandante se hallaba adscrito. En esa comunicación se indicaba también que en ese momento no existían vacantes de la misma o similar categoría profesional a la de la del demandante, por lo que la indicada sociedad desestimaba de forma temporal la petición del demandante de reincorporación a la empresa, indicando que en el supuesto de que en el futuro existiera una vacante adecuada en atención a su categoría profesional, se pondrían en contacto con él para ofrecérsela (folio 26).
10. El 24 de febrero de 2015 el abogado del demandante remitió a RICOH SPAIN IT SERVICES S.L. la comunicación escrita obrante a los folios 32 y siguientes de los autos, que se da por reproducida, en la que se indicaba, entre otras cosas, que el demandante había comprobado que la sociedad demandada había venido ofertando una serie de vacantes de igual o similar categoría profesional a la que el actor desempeñó, sin que se le hubieran ofertado, por lo que se requería a la demandada para que ofertase al demandante la primera vacante que se produjese en la Comunidad de Madrid, señalando que en caso contrario se incurriría en un despido. Dicha comunicación fue entregada el 25 de febrero de 2015 (folios 30 y siguientes).
11. RICOH SPAIN IT SERVICES S.L. dispone de vacantes de los puestos de analista funcional de banca, en Boadilla, y de Tester Engineer (SQA), en Alcobendas (no debatido).
12. Una vacante de testing manager no existe en la sociedad demandada, sino en otra diferente (no debatido).
13. Los conocimientos y experiencia mínima necesaria requerida por el cliente de la sociedad demandada en relación a la vacante de analista funcional de banca son los que obran a los folios 248 y 249, que se dan por reproducidos.



14. Los conocimientos y experiencia mínima necesaria requerida por el cliente de la sociedad demandada en relación a la vacante de tester engineer (SQA) son los que obran a los folios 251 a 253, que se dan por reproducidos

15. El 28 de abril de 2015 el demandante presentó papeleta de conciliación en materia de derecho al reingreso. El acto de conciliación se celebró sin avenencia el 20 de mayo de 2015. La demanda se interpuso ante el Juzgado decano el 22 de mayo de 2015 (folios 1 y 7).

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

"Que, desestimando la demanda interpuesta por DON Leopoldo contra RICOH SPAIN IT SERVICES S.L., GOBERTISAR 99 S.L., FIGUERAS ADVOCATS SLP y el Fondo de Garantía Salarial, absuelvo a éstos de las pretensiones de la indicada demanda".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte ACTORA, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por RICOH SPAIN IT SERVICES S.L.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 26 de julio de 2017 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 15 de noviembre de 2017, señalándose el día 29 de noviembre de 2017 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Interpone recurso el trabajador contra sentencia que desestimó la demanda rectora de autos, sobre ejercicio de acción de derecho preferente al reingreso en el puesto de trabajo, dirigida contra RICOH SPAIN IT SERVICES SL, GOBERTISAR 99 SL, FIGUERAS ADVOCATS SLP y FOGASA, tramitada al través del proceso ordinario, en la que solicitaba de la primera de las empresas citadas se le reintegrara en uno de los puestos de trabajo que ha ofertado en la Comunidad de Madrid con posterioridad al 24-2-15, y que se enumeran en el hecho séptimo de la demanda, y en caso contrario a que se le indemnice en 52.594,31 euros equivalente a la que tendría derecho si se hubiera producido un despido improcedente. Este pedimento inicial fue variado por la parte actora en el acto del juicio, dado que en ese acto, y como explica el Magistrado en el fundamento de derecho quinto, sin que se cuestione por el trabajador, no pretende ya su reingreso sino, directamente, la condena a una indemnización equivalente a la que se produciría de haber existido un despido.

SEGUNDO. - El motivo inicial interesa la revisión de los hechos probados, con amparo en el apartado b) del art. 193 LRJS, por no haberse reflejado en ellos ninguna "valoración" del intercambio de correos entre el recurrente y el Departamento de Recursos Humanos de la demandada RICOH SPAIN IT SERVICES SL, a partir del 28-10-14, en que comunicó su deseo de reincorporarse tras disfrutar de la excedencia voluntaria que le fue concedida por un periodo de 2 años, lo que, a su juicio, y en síntesis, probaría que desde dicho Departamento de Recursos Humanos de la demandada RICOH SPAIN IT SERVICES SL, y a través de dos personas distintas, se estuvo comprobando la adscripción del demandante a la unidad productiva autónoma adquirida (GOBERTISAR 99 SL) antes de que le fuera remitida la contestación oficial por parte de la empresa reconociendo tal adscripción y su derecho al reingreso con ocasión de vacante, por lo que, en su opinión, no es admisible el razonamiento de la resolución judicial recurrida cuando afirma se trata de un "error, motivado por no haberse consultado a las personas conocedoras en esa sociedad de las condiciones en las que se había verificado la transmisión de la unidad productiva". En resumen, sostiene, no es de recibo RICOH SPAIN IT SERVICES SL se desdijera luego de lo que había manifestado por escrito, recordando en ningún momento ha accionado por despido "puesto que éste no habría tenido lugar de manera expresa y fehaciente, y por tanto incurriría en error procesal al instar un procedimiento inadecuado".

Como se puede deducir de lo hasta ahora dicho, el recurrente se muestra disconforme en este primer motivo con que no se hayan tenido en cuenta por el iudex a quo determinados correos electrónicos que demostrarían, en su opinión, no existió error alguno por la empresa RICOH SPAIN IT SERVICES SL cuando dio por hecho era un trabajador de su plantilla con derecho al reingreso, pero si bien se mira no se nos ofrece una redacción concreta del hecho que debe ser adicionado, modificado o suprimido, cuando es lo cierto que la doctrina de suplicación viene exigiendo para que pueda prosperar la revisión fáctica que el recurrente indique con exactitud cómo habrán de redactarse los hechos declarados probados (un texto alternativo) cabiendo la rectificación



sólo cuando el error del Juez de instancia se manifieste de manera clara, evidente y directa, sin necesidad de acudir a silogismos deductivos, conjeturas, operaciones aritméticas, suposiciones o interpretaciones.

En efecto, el recurso de suplicación se configura como de naturaleza extraordinaria, casi casacional, de objeto limitado, [base trigésimo tercera de la Ley 7/1989] en el que el tribunal "ad quem" no puede valorar "ex novo" toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes, [SSTC 18/1993 y 294 /1993], lo que no obsta a reconocer se haya evolucionado hacia la consideración de oficio de determinados temas como son la insuficiencia de hechos probados y los defectos procesales, procedente contra las resoluciones y por las causas o motivos limitativamente tasados o seleccionados por el legislador. De donde se sigue que, a diferencia de lo que ocurre en la apelación civil, recurso este de carácter ordinario, no existe en el proceso laboral una doble instancia que permita traer la cuestión objeto de la resolución impugnada al pleno conocimiento de un órgano superior, sino que el sistema de recursos viene inspirado, según el legislador, por el principio de doble grado jurisdiccional, [base trigésimo primera de la Ley 7/1989].

Los Juzgados de lo Social vienen diseñados como órganos de acceso a la prestación jurisdiccional en primera y única instancia, no habiéndose incorporado al orden jurisdiccional laboral la figura de la apelación. Las sentencias de esos órganos unipersonales podrán ser recurribles en suplicación ante los Tribunales Superiores de Justicia y sólo ante ellos, con lo que se cumple, y en términos rigurosos, la previsión constitucional de culminar la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. [Artículo 152.1, párrafo 3.º, CE y punto III exposición de motivos Ley 7/1989].

Solamente se puede pedir la revisión de los hechos probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, conforme determina el art. 193 b) LRJS .

Es necesario, atendiendo a reiterada doctrina judicial para que pueda operar la revisión de los hechos declarados probados propuesta por las partes que concurren los siguientes requisitos [STSJ Madrid 17 ene.02]:

A) Ha de devenir trascendente a efectos de la solución del litigio, con propuesta de texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder y basada en documento auténtico o prueba pericial que, debidamente identificado y obrante en autos, patentice, de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error en que hubiera podido incurrir el juzgador, cuya facultad de apreciación conjunta y según las reglas de la sana crítica, (artículo 97.2 LPL) no puede verse afectada por valoraciones o conclusiones distintas efectuadas por parte interesada. Es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba- para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba práctica.

B) La revisión pretendida sólo puede basarse en las pruebas documentales o periciales sin que sea admisible su invocación genérica, y sin que las declaraciones de las partes o de testigos sea hábiles para alcanzar la revisión fáctica en el extraordinario recurso de suplicación.

C) El Juzgador ha de abstenerse de consignar en la relación de hechos probados cualquier anticipación de conceptos de derecho, que tienen su lugar reservado en la fundamentación jurídica.

D) La alegación de carencia de elementos probatorios eficaces, denominada por la doctrina "obstrucción negativa", resulta completamente inoperante para la revisión de los hechos probados en suplicación ante la facultad otorgada al Magistrado de apreciar los elementos de convicción.

E) La revisión pretendida debe ser trascendente para el sentido del fallo, esto es, influir en la variación de la parte dispositiva de la sentencia, y no puede fundarse en hechos nuevos no tratados ante el Juzgado de lo Social. Excepcionalmente debe tenerse en cuenta la posibilidad de aportar documentos nuevos, después de la celebración del juicio en la instancia, en el caso del artículo 231 LPL en relación al 270 LEC .

(...) De los términos de la redacción fáctica solicitada ha de quedar excluido:

a) Todo lo que no sea un dato en sí, como los preceptos de normas reglamentarias de carácter interno o del convenio colectivo aplicable, y, en definitiva cualquier concepto jurídico.

b) Los hechos notorios y los conformes.

c) Los juicios de valor predeterminantes del fallo, cuya sede ha de corresponderse con la motivación o fundamentación jurídica del recurso.



d) Las hipótesis, conjeturas o elucubraciones, pues lo no acontecido, por posible, probable o incluso seguro que pudiera resultar llegar a ser, de darse las condiciones correspondientes, no ha llegado a ser, y debe quedar fuera de esa relación.

e) Los hechos negativos cuando equivalen a no acaecidos.

La doctrina sobre la revisión de los hechos probados en los recursos extraordinarios en la jurisdicción social, tanto de casación como de suplicación, se reitera en numerosas sentencias de las que se cita la del TS de fecha 5-6-11 en los siguientes términos:

"(...) El punto de que hemos de partir para dilucidar las múltiples revisiones propuestas no puede ser otro sino el de que el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única -que no grado-, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud- art. 97.2 LPL -únicamente al juzgador de instancia [en este caso a la Sala "a quo"], por ser quien ha tenido plena inmediatez en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación (recientes, SSTs 11/11/09 -rco 38/08 -; 13/07 / 10 -rco 17/09 -; y 21/10/10 -rco 198/09 -). Y como consecuencia de ello se rechaza la existencia de error, si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes (entre tantas otras, SSTs 11/11/09 -rco 38/08 -; y 26/01/10 -rco 96/09 -).

A lo que añadir que la revisión de hechos probados exige los siguientes requisitos: 1º.- Que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis. 2º.- Que se citen concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara. 3º.- Que se precisen los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento; y 4º.- Que tal variación tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (entre las últimas, SSTs 17/01/11 -rco 75/10 -; 18/01 / 11 -rco 98/09 -; y 20/01/11 -rco 93/10 -). E insistiendo en la segunda de las exigencias se mantiene que los documentos sobre los que el recurrente se apoye para justificar la pretendida revisión fáctica deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas, hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa (así, SSTs 22/05/06 -rco 79/05 -; y 20/06/06 -rco 189/04 -".

En fin, que como atinadamente advierte RICOH SPAIN IT SERVICES SL en su escrito de impugnación, no se nos dice qué apartado o apartados de la relación fáctica se quieren revisar, y no se nos ofrece una redacción alternativa, con lo que el motivo inicial claudica.

TERCERO .- El segundo motivo, con correcto amparo procesal en el apartado c) del art. 193 LRJS , dividido en tres apartados, denuncia:

A).-Infracción del art. 44, apartados 1 , 2 y 3 del ET , por considerar, en esencia, se ha producido la transmisión de una unidad productiva que, aun cuando llevada a cabo en un proceso concursal, no puede producirse al margen y con vulneración de lo dispuesto en dicho art. 44, careciendo de acción de despido al momento de interponer la demanda.

B).-Infracción del art. 46.5 ET con vulneración del principio de congruencia con los actos propios que entiende le causan indefensión privándole del ejercicio de acciones caducadas como consecuencia de los mismos, discrepando, en definitiva, del fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida que no descarta la comunicación de RICOH SPAIN IT SERVICES SL al actor, participándole su adscripción a la unidad productiva de GOBERTISAR 99 SL, y que no existía vacante de igual o similar categoría a la suya, se tratase de un error.

C).-Infracción del art. 4.2 h) ET en relación con 97.2 LRJS , por discrepar del fundamento sexto de la sentencia de instancia, dado que, en su opinión, no tenía ningún sentido, y por las razones que ofrece, solicitar el reintegro a GOBERTISAR 99 SL.

CUARTO .-Según declara probado la sentencia de instancia el actor accedió a la situación de excedencia voluntaria el 21-12-12 , por un periodo de dos años, cuando prestaba sus servicios para GOBERTISAR 99 SL (antes llamada AVENTIA IBERIA SL). El 28-10-14 comunicó a RICOH su deseo de reincorporarse, y ante la falta de asignación de una vacante, interpuso demanda en la que solicitaba se le reintegrara a uno de los tres puestos que en la misma detallaba y a que, en caso contrario, se le indemnizara en la cuantía a que tendría derecho de haberse producido de un despido improcedente. Ello no obstante en el acto del juicio modificó su



pretensión solicitando únicamente esta última indemnización. La unidad productiva GOBERTISAR 99 SL fue transmitida a RICOH SPAIN IT SERVICES SL en el marco de un procedimiento concursal el 14-8-13, habiéndose autorizado dicha transmisión a la administración concursal por auto del Juzgado de lo Mercantil de 26-7-13 que, previamente, había autorizado en 8-7-13 el plan de liquidación de GOBERTISAR 99 SL (antes llamada AVENTIA IBERIA SL).

A juicio del Magistrado de instancia, en la fecha de transmisión de la unidad productiva estaban vigentes los artículos 148 y 149 de la Ley Concursal (LC) en la redacción que transcribe a continuación, y en cuya interpretación, siguiendo el criterio de la STSJ de Madrid de 6 de octubre de 2014 (Sección Sexta), al haberse aprobado un plan de liquidación por el Juzgado de lo Mercantil, hace que no se aplique sin más la regulación del art. 149.2 LC "que solo entra en juego en ausencia de un plan de liquidación, o en lo no previsto en éste". Continúa diciendo que del auto del Juzgado de lo Mercantil no aparece la existencia de una sucesión de empresa o, al menos, de una sucesión aplicable a toda la plantilla o en relación a los trabajadores excedentes. Lo que se produjo fue el compromiso de subrogación de un determinado número de trabajadores de GOBERTISAR 99 SL (275 según el hecho probado 7º) y que de detallaban por un anexo en el que no figura el actor, por lo que, a la vista de las resoluciones dictadas por el Juez de lo Mercantil, no cabe apreciar, afirma seguidamente el Juez de instancia, un deber de subrogación del actor por RICOH SPAIN IT SERVICES SL. Añade que no es de aplicación al caso la doctrina de los actos propios, dado que en la comunicación dirigida por RICOH SPAIN IT SERVICES SL al actor el 20-1-15, contestando a su solicitud de readmisión (hecho probado 9º), en el sentido de que estaba adscrito a la unidad productiva transmitida, pero que no había vacante de su categoría en ese momento, sin perjuicio de que en el futuro la hubiere, pudo haberse producido un error "por no haberse consultado a las personas conecedoras en esa sociedad de las condiciones en las que se había verificado la transmisión de la unidad productiva, conclusión para la cual debe tenerse en cuenta las dimensiones que notoriamente cabe atribuir a esa empresa". Y a los efectos puramente dialécticos, de entenderse que se ha producido una sucesión empresarial con deber de subrogación por RICOH SPAIN IT SERVICES SL, concluye, en modo alguno podría dar lugar a la estimación de la demanda, pues RICOH entonces vendría compelida a ofrecerle una plaza de igual o similar categoría a la suya y ante un eventual incumplimiento el actor podría solicitar el reingreso y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, pero no para, sin pedir judicialmente el reingreso, solicitar directamente la indemnización equivalente a un despido improcedente, porque ese despido no se ha producido.

QUINTO .- Hasta aquí el coherente discurso argumentativo del Juez de instancia que, ciertamente, está en perfecta sintonía en cuanto a la interpretación de los artículos 148 y 149 de la Ley Concursal con la sentencia de la Sección Sexta de esta Sala de 6-10-2014, rec. 419/2014, que razona así:

"Los arts. 148 y 149 de la ley Concursal (redacción dada por ley 38/11, no siendo aplicable en este proceso la derivada del RD-L 11/14) disponen lo siguiente:

Artículo 148. Plan de liquidación

1. En el informe al que se refiere el art. 75 o en un escrito que realizará dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, la administración concursal presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos. Si la complejidad del concurso lo justificara el juez, a solicitud de la administración concursal, podrá acordar la prórroga de este plazo por un nuevo período de igual duración.

El secretario acordará poner de manifiesto el plan en la Oficina judicial y en los lugares que a este efecto designe y que se anunciarán en la forma que estime conveniente.

2. Durante los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la oficina judicial el plan de liquidación, el deudor y los acreedores concursales podrán formular observaciones o propuestas de modificación. Transcurrido dicho plazo, el juez, según estime conveniente para el interés del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias. Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación.

3. Asimismo, el plan de liquidación se someterá a informe de los representantes de los trabajadores, a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación, aplicándose lo dispuesto en el apartado anterior, según que se formulen o no dichas observaciones o propuestas.

4. En el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción



colectivas de las relaciones laborales, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el art. 64.

Artículo 149. Reglas legales supletorias

1. De no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarán a las siguientes reglas:

1ª El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos. La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva se hará mediante subasta y si ésta quedase desierta el juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa.[168].

Las resoluciones que el juez adopte en estos casos deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores y cumpliendo, en su caso, lo previsto en el apartado 3 del art. 148. Estas resoluciones revestirán la forma de auto y contra ellas no cabrá recurso alguno.

2ª En el caso de que las operaciones de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos y la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, se estará a lo dispuesto en el art. 64.

3ª Los bienes a que se refiere la regla 1ª, así como los demás bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio. Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del art. 155.

En caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. En todo caso serán oídos por el juez los representantes de los trabajadores.

2. Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1ª del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.

3. El auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al art. 90."

Interesa resaltar que la regla del art. 149.2 que aduce la recurrente en el sentido de que la ley Concursal establece imperativamente la subrogación para el caso de enajenación de la empresa concursada no se puede aplicar al presente caso, ya que el art. 149 se refiere, como se desprende de la literalidad de su apartado 1, al supuesto de no aprobarse un plan de liquidación (o bien para suplir lo no previsto en el plan aprobado), y de su apartado 2, que se remite a la enajenación a que se refiere la regla 1ª del apartado anterior, es decir, a la enajenación del conjunto o de la unidad productiva que tiene lugar (por subasta o enajenación directa) en ausencia de un plan de liquidación. Por el contrario, el art. 148 regula la aprobación del plan de liquidación y también habla de la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos, pero no menciona siquiera que ello lleve consigo la sucesión de empresa a los efectos laborales, es decir, no hay disposición legal del Estado en contrario respecto a la regla del art. 5.1 de la Directiva 21/2003 que determina la exclusión de los arts. 3 y 4 de la propia Directiva cuando se trata de traspasos de empresas en el seno de un proceso concursal de liquidación. Antes bien, el art. 148 LC otorga al Juez de lo Mercantil un amplio margen de decisión, según estime conveniente para el interés del concurso, para aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias. No existe, pues, en caso de aprobación del plan con o sin modificaciones, imperatividad legal de aplicar las reglas del art. 44 del ET, ya que el art. 57 bis ET remite a las especialidades de la ley Concursal, el art. 148 LC no ha incorporado la regulación del



art. 44 ni se ha remitido a ella, y tampoco de la Directiva 21/2003 cabe inferir la aplicabilidad del régimen laboral subrogatorio, sino al contrario, ya que exige una norma legal expresa en contra del criterio de la no aplicación. Ello se corrobora además por el apartado 4 del art. 148, que permite aplicar medidas, previas a la aprobación del plan de liquidación, de modificaciones sustanciales, suspensión o extinción colectivas de relaciones laborales, a tramitar conforme al art. 64 LC, lo que significa que tales clases de medidas pueden ser autorizadas a la empresa concursada, y no cabe duda de que ello no sería posible si hubiera de operar necesariamente el mecanismo de subrogación del art. 44 ET, en cuyo caso no sería factible extinguir previamente las relaciones laborales, ni modificarlas o suspenderlas, pues ello sería incompatible con las obligaciones de la empresa adquirente de asumir los contratos de trabajo existentes y respetar sus condiciones.

El Juez del concurso, al tomar su decisión de aprobar con o sin modificaciones el plan de liquidación con adquisición de la empresa concursada, conforme al art. 148 LC, deberá tener en cuenta factores tales como el pago a los acreedores, la conveniencia de la continuidad de la actividad económica de la empresa, y sin duda también la conservación de las relaciones laborales existentes y el mantenimiento del mayor volumen de empleo en la mayor medida posible, pero no se halla constreñido por la imperatividad del mecanismo subrogatorio derivado del art. 44 del ET y de la Directiva 21/2003, que impondría la conservación de todos los contratos de trabajo en las mismas condiciones laborales además de la responsabilidad solidaria del adquirente respecto de las deudas anteriores, desincentivando así la presentación de ofertas de adquisición.

Este amplio poder decisorio que el art. 148 LC otorga al Juez de lo Mercantil no conculca el art. 24 de la Constitución como alega la recurrente, pues existe un período de publicación de 15 días durante los cuales no solo el deudor, sino también los acreedores - entre los que puede quedar comprendida la trabajadora - y los representantes legales de los trabajadores, pueden formular alegaciones, aparte de que el auto que aprueba el plan de liquidación es recurrible en apelación, debiendo reconocerse al trabajador un interés legítimo para ello, de conformidad con el art. 184.4 y 6 de la LC, por lo que no se lesionaría el derecho a la tutela judicial efectiva; pero en todo caso el supuesto menoscabo de ese derecho habría de plantearse en el proceso en el que se hubiera producido, que sería el concursal, en el cual se ha resuelto con plena jurisdicción sobre la exclusión de la subrogación al aprobar el plan de liquidación sin introducir modificación alguna en este punto. Entendemos que al hacerlo así el Juez de lo Mercantil no ha resuelto una cuestión prejudicial conforme al art. 9 LC que no debiera vincular al orden social, sino que ha decidido con su propia jurisdicción de conformidad con el art. 148 LC en relación con el art. 57 bis ET y con lo que dispone el art. 5.1 de la Directiva 2001/23/CE. Se considera cuestión prejudicial aquella cuya solución es lógicamente antecedente para resolver las principales de un proceso pero que afecta a ramas jurídicas no correspondientes al orden jurisdiccional en que se plantea; la cuestión prejudicial es uno de los elementos que de forma accesoria ha de decidirse para resolver la cuestión fundamental objeto de la pretensión que se debate. El Juez de lo Mercantil decide directamente si hay o no obligación de subrogación para el adquirente y le impone esa obligación o no, en el marco de la aprobación del plan de liquidación y ello no lo hace de forma accesoria para resolver algo distinto. Por ello no se justificaría que en el orden social se decidiera ahora de forma opuesta a lo ya resuelto".

SIXTO. - Añade que:

"Como se ha indicado, el art. 149 LC sí formula una alusión a la subrogación, cuando establece en su apartado 2 que cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1ª del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa. Ahora bien, el art. 149 regula el supuesto de liquidación de la empresa concursada cuando no se haya aprobado un plan de liquidación, y este precepto también se aplica supletoriamente en lo que no haya previsto el plan de liquidación aprobado. Por otra parte cabe señalar que cuando en su apartado 2 impone la aplicación del régimen legal de subrogación, ello concuerda con la previsión del art. 5.1 de la Directiva 21/2003, es decir que para el caso de que se produzca la liquidación de la empresa concursada sin plan de liquidación o de que el aprobado no haya previsto nada, sí existe regla legal estatal que dispone que se ha de considerar que existe sucesión de empresa cuando se transmite una entidad económica que mantenga su identidad en forma susceptible de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria. Siendo así, la Directiva permite que la legislación nacional establezca determinadas limitaciones a las consecuencias de la subrogación, que se detallan en el art. 5.2 apartados a) y b), y que no son de interés para el caso ahora enjuiciado. En efecto, en el caso actual sí se aprobó un plan de liquidación y sí se reguló en él lo relativo a la subrogación del personal, por lo que no ha lugar en el presente proceso a la aplicación principal ni supletoria del art. 149".

SEPTIMO .- Concluyendo que:

"no existe obligación de subrogación en el caso de la actora, al haber aprobado el Juez de lo Mercantil el plan de liquidación de conformidad con el art. 148 LC sin haber efectuado rectificación alguna en el aspecto de la exclusión de subrogación de la demandante y otro empleado, por lo que el despido es procedente al



haber quedado acreditadas las causas económicas en la empresa concursada; de ahí que no pueda existir la responsabilidad solidaria de la adquirente por improcedencia del despido - como postula la recurrente - al no haberse aceptado esta calificación.

Por último cabe reseñar que ante supuestos similares ha resuelto en el mismo sentido el TSJ de Cataluña en sentencias de 19-10-10 rec. 2838/10 y 28-12-12 rec. 1830/2012 ".

OCTAVO .- Esta Sección de Sala comparte plenamente el discurso argumentativo de la sentencia antes meritada de la Sección Sexta, y a la postre las conclusiones alcanzadas por la resolución de instancia recurrida. Hemos de estar a los presupuestos, extensión y límites aprobados por las resoluciones del Juzgado de lo Mercantil en relación con el plan de liquidación que no contempla un deber de subrogación general por RICOH SPAIN IT SERVICES SL en la transmisión de la unidad productiva de GOBERTISAR 99 SL (antes llamada AVENTIA IBERIA SL) de todos los trabajadores al misma adscritos, sino de parte, no estando incluido en el anexo el actor, siendo la normativa de la LC de aplicación especial al caso sobre el art. 44 ET, dado que nos movemos en la transmisión de una unidad productiva en el marco de un procedimiento concursal. Se prevé, como afirma RICOH SPAIN IT SERVICES SL en su escrito de impugnación, un régimen específico para cuando se efectúa la transmisión de unidades productivas de la empresa como mecanismo de mantenimiento de la actividad empresarial, ya que, de no existir ciertas ventajas jurídico laborales respecto a una transmisión al uso, y de aplicarse el art. 44 ET sin limitación alguna, no habría mercantiles comprometidas en involucrarse en una operación de tales características y asumir los costes tan elevados que ello conlleva.

NOVENO .- También comparte esta Sala el planteamiento de que no ha existido por parte de RICOH SPAIN IT SERVICES SL contradicción con sus actos propios, dado que si bien existió una comunicación dirigida por RICOH SPAIN IT SERVICES SL al actor el 20-1-15, contestando a su solicitud de readmisión (hecho probado 9º), en el sentido de que estaba adscrito a la unidad productiva transmitida, pero que no había vacante de su categoría en ese momento, sin perjuicio de que en el futuro la hubiere, de la prueba practicada en el plenario con las garantías de inmediación, concentración y oralidad, no parece caprichosa, absurda o irrazonable la apreciación del Juez de instancia de que pudo haberse producido un error "por no haberse consultado a las personas conocedoras en esa sociedad de las condiciones en las que se había verificado la transmisión de la unidad productiva, conclusión para la cual debe tenerse en cuenta las dimensiones que notoriamente cabe atribuir a esa empresa ".

A este respecto, la doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables. El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 2010, RC n.º 1433/2006, 7 de diciembre de 2010, RC n.º 258/2007). Significa, en definitiva, que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real.

DÉCIMO .- Como también es impecable el razonamiento de la sentencia recurrida de que si, a los efectos puramente dialécticos, se entendiera que se ha producido una sucesión empresarial con deber de subrogación por RICOH SPAIN IT SERVICES SL, ello en modo alguno podría dar lugar a la estimación de la demanda, pues RICOH entonces vendría compelida a ofrecerle una plaza de igual o similar categoría a la suya y ante un eventual incumplimiento el actor podría solicitar el reingreso y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, pero no para, sin pedir judicialmente el reingreso, solicitar directamente la indemnización equivalente a un despido improcedente, porque ese despido no se ha producido. La demanda se ha seguido por el procedimiento ordinario y el cambio de posición estratégica del actor en juicio, y en el recurso, no pidiendo ya el reingreso, sino directamente una indemnización traducida a lo que le correspondería percibir por un despido improcedente, supone en la práctica una alteración del ejercicio del acción, como si se hubiera producido el despido, lo que desde luego no es así, dado que no hay un deber de subrogación por parte de RICOH SPAIN IT SERVICES SL, e incluso aceptando hipotéticamente que hubiera sido así (lo que hemos negado) por la doctrina de los actos propios, dando validez a su respuesta a la solicitud de reincorporación del actor, ello no habría supuesto en ningún caso una negativa rotunda e incondicionada, puesto que se le informó no había plazas en ese momento, no descartándolas para el futuro, por lo que no ha existido despido.

DÉCIMO-PRIMERO .- Ante la negativa empresarial a la petición de reingreso quedaban abiertas al trabajador dos vías, alternativas y no optativas ni acumulativas, para impugnar tal decisión: el proceso de despido, si se trata de una negativa manifiesta y no el mero rechazo del derecho a la reincorporación, sino voluntad inequívoca, aunque se produzca tácitamente, de tener por extinguido el vínculo laboral hasta entonces en suspenso; negativa que no es un desconocimiento del derecho a la reincorporación, sino un rechazo a la



existencia de algún vínculo entre las partes; y la acción de reingreso en aquellos otros supuestos en que la negativa denota simple desconocimiento del mencionado derecho, pero sin negar la persistencia de la relación de trabajo, aunque con voluntad de que se conserve en suspenso (STS de 21-12-00, rec. 856/2000). En este último caso, puede ejercitar conjuntamente la acción indemnizatoria por los daños y perjuicios causados por la mora injustificada en la reincorporación al trabajo, si bien puede reservar el planteamiento de la pretensión indemnizatoria para otro proceso independiente, al tratarse de acciones diferentes, que pese a su evidente relación, tienen distinta naturaleza y finalidad (STS 27-9-90).

DÉCIMO-SEGUNDO .- La utilización en uno y otro caso de las mencionadas vías no queda al arbitrio del trabajador al que se niega su eventual derecho al reingreso; para que su pretensión alcance éxito, resulta obligado seguir la procedente (STS 23-9-13, rec. 2043/2012). Y lo que no es posible, si el actor optó por la acción declarativa, es que cambie su opción de facto como si estuviéramos ante un despido, aprovechándose de sus consecuencias indemnizatorias, cuando tal despido es inexistente. Si ejerció la opción por la acción declarativa, y de existir vacante, la consecuencia es la reincorporación con abono de salarios hasta que se haga efectiva, pero no para, sin pedir judicialmente el reingreso, solicitar la indemnización de un despido improcedente.

DÉCIMO-TERCERO .- En suma, no se ha infringido ninguna de las normas denunciadas por el recurrente, porque ni hay un deber de subrogación por parte de RICOH SPAIN IT SERVICES SL, ni ha existido un despido, ni se puede pedir directamente la indemnización sin reingreso en el supuesto hipotético de que la sucesión empresarial se hubiera producido, lo que conduce a desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Leopoldo , contra la sentencia dictada en fecha 17 de marzo de 2.017 por el Juzgado de lo Social núm. 19 de los de MADRID , en los autos núm. 545/2015, seguidos a instancia de la parte recurrente, contra RICOH SPAIN IT SERVICES S.L., GOBERTISAR 99 S.L., FIGUERAS ADVOCATS SLP y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, en materia de reconocimiento de derecho y reclamación de cantidad y, en su consecuencia, confirmamos la resolución judicial de instancia. Sin costas.

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

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

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

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220 , 221 y 230 de la LRJS .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000084617 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid.

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

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento número 2826000000084617.



Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

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

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el , por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ