



Roj: **STSJ CL 1644/2018** - ECLI: **ES:TSJCL:2018:1644**

Id Cendoj: **09059340012018100283**

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

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2018**

Nº de Recurso: **248/2018**

Nº de Resolución: **290/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAQUEL VICENTE ANDRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJSO 766/2018,**
STSJ CL 1644/2018

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL 1

BURGOS

SENTENCIA: 00290/2018

RECURSO DE SUPPLICACION Num.: 248/2018

Ponente Ilma. Sra. D^a. Raquel Vicente Andrés

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA N^o: 290/2018

Señores:

Ilma. Sra. D^a. María José Renedo Juárez

Presidenta

Ilma. Sra. D^a. Raquel Vicente Andrés

Magistrada

Ilmo. Sr. D. José Manuel Martínez Illade

Magistrado

En la ciudad de Burgos, a nueve de Mayo de dos mil dieciocho.

En el recurso de Suplicación número 248/2018 interpuesto por D. Juan Alberto , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos, en autos número 670/2017 seguidos a instancia del recurrente, contra COMPAÑÍA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN, INGENIERÍA Y TECNOLOGÍA S.A., UTE PROINSA-EULEN S.A. y EULEN S.A., en reclamación sobre Despido. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. D^a Raquel Vicente Andrés que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 30 de enero de 2018 cuya parte dispositiva dice: "Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por DON Juan Alberto contra COMPAÑÍA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN, INGENIERÍA Y TECNOLOGÍA S.A., que no compareció al acto de juicio pese a estar debidamente citada y UTE PROINSA-EULEN S.A. y EULEN S.A., debo declarar y declaro la procedencia del despido del demandante, absolviendo a las empresas demandadas de los pedimentos de la demanda".

SEGUNDO .- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: " **PRIMERO**.- El demandante DON Juan Alberto prestó servicios por cuenta de la empresa Sirema SA desde el 15 de octubre de 1991 hasta el 31.1.93 como Oficial 1ª mediante un contrato de duración determinada celebrado al amparo del Real Decreto 2104/84, siendo su objeto "el servicio de inspección, mantenimiento y pruebas de los equipos de protección contra incendios, extinción y salvamento y el apoyo necesario en casos de emergencia en la Central Nuclear de Santa María de Garoña propiedad de Nuclenor".

Con fecha 1 de febrero de 1993 y hasta 29 de febrero de 2004 suscribió nuevo contrato de duración determinada, siendo el objeto del mismo idéntico al anterior, también al amparo del Real Decreto 2104/84, para la empresa MKH Promatec S.A.

Con fecha 10.2.04 MKH Promatec S.A le comunicó la extinción de su relación laboral y que con efectos de 1.3.04 el servicio de brigada de PCI en el que el actor venía prestando servicios sería adjudicado a Proinsa-Eulen.

Con fecha 3 de marzo de 2004 suscribió nuevo contrato a jornada completa y con categoría de Oficial de 1ª bajo la modalidad de obra o servicio determinado con la Compañía Internacional de Protección Ingeniería y Tecnología SA, Proinsa- Eulen SA. UTE, siendo el objeto del contrato el pedido NUM000 y sus funciones de ataque manual al fuego, prevención de incendios y realización de plan de vigilancia exterior (PVRE) del plan de emergencia interior (PEI), mantenimiento de equipos y sistemas contra incendios y funciones de salvamento en la Central Nuclear de Santa María de Garoña.

Esta última empresa le reconoce una antigüedad de 3.3.04, categoría de oficial de primera y salario mensual incluida prorata de pagas extras, de 2.458,78 €, abonado mediante transferencia bancaria.

SEGUNDO.- Con fecha 3.08.17 el servicio de vigilancia de la salud de la empresa calificó al actor como no apto para su tarea, por no ser apto para tareas con riesgo de exposición a radiaciones ionizantes.

El actor padece gammapatia monoclonal de significado incierto.

TERCERO.- Mediante escrito de fecha 19 de septiembre de 2017 que consta como documento 1 de la parte actora y se da por reproducido, la empresa comunicó al actor su despido por causas objetivas con efectos de 19.9.17 al amparo del art. 52.a) ET .

CUARTO.- El actor no ostenta cargo de representación legal o sindical de los trabajadores.

QUINTO.- Con fecha 14.6.17 se celebró acto de conciliación ante la UMAC en virtud de papeleta de 29.5.17, que concluyó sin avenencia".

TERCERO .- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación la parte actora siendo impugnado de contrario por los codemandados Compañía Internacional de Protección, Ingeniería y Tecnología S.A. y UTE PROINSA EULEN S.A. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

CUARTO .- En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- LA representación de Juan Alberto interesa al amparo de lo dispuesto en el apartado b del art. 193 de la LRJS revisión de hechos probados, , proponiendo la modificación del hecho primero, añadiendo un antepenúltimo párrafo del siguiente tenor: " mantenimiento de equipos y sistemas contra incendios y funciones de salvamento en la central nuclear de Santa María de Garoña. " Junto con el actor tanto a la finalización de la contrata de SIREMA SA como a la finalización de la contrata con MKH PROMATEC S.A 10 Y 9 trabajadores fueron contratados por MKH PROMATEC SA y posteriormente por la Compañía internacional de Protección ingeniería y tecnología SA, PROINSA EULEN SA, sin solución de continuidad entre los respectivos contratos. Dichos trabajadores eran la totalidad e los trabajadores de las respectivas contratas."



Son requisitos para que surta efecto la revisión:

- a) Que se señale concretamente el hecho cuya revisión se pretende y se proponga texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder.
- b) Que la revisión pretendida pueda devenir trascendente a efectos de la solución del litigio.
- c) Que se identifique documento auténtico o prueba pericial obrantes en autos, de los que se deduzca de forma patente, evidente, directa e incuestionable, el error en que hubiera podido incurrir el Juzgador de instancia, a quien corresponde valorar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba.
- d) La valoración de la prueba efectuada por el Juez «a quo» en uso de la facultad-deber que el ordenamiento jurídico le confiere, no puede ser sustituida por el parcial e interesado criterio valorativo de la parte.
- e) El error debe ser concreto, evidente y cierto, y debe advertirse sin necesidad de conjeturas, hipótesis o razonamientos, ni puede basarse en documentos o pericias a las que se hayan opuesto documentos o pericias por la otra parte, precisándose, por ello, de una actividad de ponderación por parte del juzgador. - Sentencias de 13 de marzo (AS 2003\2815), 2 de octubre , 4 y 6 de noviembre de 2003 (JUR 2004\88558), entre otras muchas.

La revisión no se admite, la documental propuesta ya fue analizada por el juzgador de instancia, sin que de la misma se infiera error valorativo, conteniendo la redacción propuesta, elementos valorativos que no pueden tener cabida en el relato fáctico.

Interesa revisión para modificar el hecho primero añadiendo un penúltimo párrafo del siguiente tenor: " Con fecha 4 de septiembre de 2012, el juzgado de lo social nº 1 de Burgos dictó sentencia en DSP 476 2012 seguidos a instancia de Santos CONTRA COMPAÑÍA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN INGENIERÍA Y TECNOLOGÍA SA, UTE PROINSA EULEN SA en la que en el hecho probado primero se decía: Don Santos , dni NUM001 , HA PRESTADO SERVICIOS EN LOS SERVICIOS CONTRA INCENDIOS de la Central nuclear de Santa María de Garoña de titularidad de Nuclenor SA. Lo ha hecho desde el 15.10.91 al 31.1.93 por cuenta de la empresa SIREMA SA, de 1-2-93 el 1-3-04 por cuenta de la empresa MKH PROMATEC SA y desde el 1-3-04 por cuenta de la empresa UTE PROINSA EULEN SA. A la fecha del acto hoy impugnado ostentaba la categoría de jefe de Brigada y tenía un salario de 89,21 euros a los efectos de este procedimiento. Lo hacía mediante un contrato d obra o servicios determinado al igual que con las otras dos empresas, incrementando en el fallo la cantidad a entregar en concepto de indemnización y haciendo el cálculo sobre la antigüedad de la primera contrata.

La revisión no prospera, la documental propuesta ya ha sido analizada por el juzgador de instancia, sin que de la misma, se infiera error valorativo, comprendiendo además el relato fáctico que postula elementos valorativos que no pueden tener cabida en el mismo.

SEGUNDO. - Al amparo de lo dispuesto en el apartado c del art. 193 c de la LRJS se interesa revisión por vulneración del art. 44 del ET y sentencia 11 de marzo de 1997 Suzen.

Sobre la cuestión planteada de sucesión a los efectos de determinación de la antigüedad y fijación de la indemnización , la Directiva 2001/23/CE EDL 2001/19273 (LCEur 2001, 1026) sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, la cual parte del principio general de mantener la relaciones laborales, derechos y obligaciones de los trabajadores (art. 3 y 4) normas protectoras deben considerarse imperativas, en el sentido de que los Estados miembros no pueden establecer excepciones en perjuicio de los trabajadores a lo previsto en ellas (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Italia, C-561/07 (TJCE 2009, 168), EU:C:2009:363 , apartado 46), sin perjuicio de las excepciones previstas por la propia Directiva interpretación que la jurisdicción social mantiene del art. 44 del ET EDL 1995/13475 (RCL 1995, 997), la cual ha venido fundamentalmente marcada por la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, consciente de la importancia de esta figura en orden a garantizar derechos esenciales de los trabajadores en el caso de la transmisión de empresas. Partiendo de tal premisa el Tribunal Supremo en sentencias como la del 22 de junio de 1998 (RJ 1998, 5476) o la de 18 de enero de 2002 (RJ 2002, 2514), señala que el supuesto de hecho de la sucesión empresarial está integrado por dos requisitos constitutivos. El primero de ellos es el cambio de titularidad de la empresa o al menos de elementos significativos del activo de la misma (un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma en la dicción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (EDL 2015/182832) (RCL 1995, 997)). El segundo requisito constitutivo del supuesto legal de sucesión de empresas, es que los elementos cedidos o transmitidos del activo de la empresa constituyan una unidad de producción susceptible de gestión o explotación separada. No basta la simple transmisión de bienes o elementos patrimoniales, sino que éstos han de constituir un soporte económico bastante para mantener la actividad empresarial procedente". En definitiva, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Cambio de titularidad empresarial, requisito subjetivo, sin el cual



no hay sucesión, de tal forma que sólo la adquisición derivativa suscita el fenómeno sucesorio. b) Identidad de la empresa, de tal forma que la globalidad de elementos personales y materiales se mantenga tras la sucesión; es decir, es necesario la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad empresarial, es decir, la permanencia de ésta como unidad de sus factores técnicos, organizativos y patrimoniales, unidad socio-económica de producción que configura la identidad del objeto transmitido (Tribunal Supremo de 29-3-1985 (RJ 1985, 1454)); siendo además necesario que la unidad productiva que se transmite constituya un conjunto de elementos productivos o patrimoniales, dotado de la suficiente autonomía funcional (Tribunal Supremo de 23-2-1994 (RJ 1994, 1227)). c) Tracto directo, del antiguo al nuevo empresario, requisito éste exigible para la transmisión de empresa, aunque no lo sea de modo ineludible, pues la exigencia principal no es tanto el tracto directo (que normalmente ha de darse) como la continuidad de la actividad y en la prestación de los servicios, de tal forma que la jurisprudencia aprecia que existe transmisión de empresas cuando, a pesar de la apariencia de discontinuidad de explotación y de la nueva ubicación, existen suficientes 5-1993 (RJ 1993, 4109) y Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 31-1-1995), criterios que permiten afirmar que el requisito del tracto sucesivo no pueda entenderse como exigencia ineludible de fenómeno jurídico de la sucesión empresarial, por cuanto, en ocasiones, el mismo puede faltar, sin que deje por ello, de producirse la sucesión de empresa (Tribunal Supremo de 19-6-1989 (RJ 1989, 4813)). d) Voluntariedad de la transmisión, elemento normal dentro del fenómeno sucesorio, que en ciertos supuestos puede faltar (venta judicial, expropiación forzosa, extinción del arriendo de industria por desahucio, etc.) o en supuestos en los que el adquirente no ha reivindicado la misma actividad hasta transcurridos varios meses desde la venta de la sede de la sucedida, debido a reformas en el local, pendencia de actuaciones administrativas de apertura u otras de similar índole.

Como ya dijimos en sentencia de esta Sala de 13 de abril de 2018, entendemos que del inalterado relato de hechos probados no hay elementos que lleven a determinar la existencia de la sucesión sustentada por la parte, no constando exigencia convencional de subrogación ni transmisión de plantillas, por lo que si no hay constancia de transmisión de volumen de elementos personales ni elementos patrimoniales, el mero cambio de titularidad en la adjudicación no es elemento suficiente a los efectos de declaración de la misma, por lo que mantenemos el criterio de instancia.

TERCERO .- Se invoca al amparo del art. 193 c de la LRJS REVISIÓN por infracción de lo dispuesto en el art. 14 del convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad, resolución de 31 de enero de 2002, de la Dirección general de trabajo, convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad BOE 44 de 20 de febrero de 2002

Tal pretensión ha de ser rechazada, por cuanto constituye cuestión nueva no resuelta en la instancia, y sabido es que, reiteradamente tiene declarado la doctrina de suplicación que, el carácter extraordinario del recurso de suplicación impide la formulación, dentro de él de cuestiones nuevas, que no han sido debatidas en la instancia, por todas (Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cataluña, 13 febrero 2006 (AS 2006\2014); Tribunal Superior de Justicia Extremadura, 6 abril 2006 (AS 2006\240); Tribunal Superior de Justicia Comunidad Valenciana, 28 marzo 2006 (AS 2006\1.500); Tribunal Superior de Justicia Galicia, 18 enero 2005 (AS 2006/796).

CUARTO .- Se invoca infracción del art. 53 del ET .

No podemos hablar de despido improcedente con base en los argumentos que aduce el recurrente. Ya se ha dicho en argumentación jurídica previa que no ha quedado acreditada la existencia de sucesión de empresas, ni modificación de antigüedad en los términos pretendidos por el recurrente. De modo que concurriendo las causas objetivas que se detallan por ineptitud sobrevenida del trabajador y puesta a disposición del recurrente la cuantía indemnizatoria, y no habiéndose evidenciado el error evidente o palpario del juzgador de instancia, el recurso deberá ser desestimado, al ser el juzgador de instancia, soberano en la valoración probatoria.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por D. Juan Alberto, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos, en autos número 670/2017 seguidos a instancia del recurrente, contra COMPAÑÍA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN, INGENIERÍA Y TECNOLOGÍA S.A., UTE PROINSA-EULEN S.A. y EULEN S.A., en reclamación sobre Despido y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en el artículo 97 de la L.R.J.S. y 248.4 de la L.O.P.J. y sus concordantes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante el Tribunal



Supremo, significándoles que dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación, mediante escrito ajustado a los requisitos legales contenidos en los artículos 220 y 221 de la L.R.J.S., con firma de Abogado o de Graduado Social Colegiado designado en legal forma conforme al art. 231 de la citada Ley .

Se deberá ingresar como depósito la cantidad de 600 € conforme a lo establecido en el artículo 229.1.b de la L.R.J.S., asimismo será necesaria la consignación por el importe de la condena conforme a los supuestos previstos en el art. 230 de la mencionada Ley, salvo que el recurrente estuviera exento por Ley o gozare del beneficio de justicia gratuita.

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la Entidad Bancaria Santander, cuenta nº ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en cualquiera de sus sucursales, incluyendo en el concepto los dígitos 1062.0000.65.0248.18.

Se encuentran exceptuados de hacer los anteriormente mencionados ingresos, los Organismos y Entidades enumerados en el punto 4 del artículo 229 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

As í por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ