



Roj: **STSJ CAT 6529/2014 - ECLI: ES:TSJCAT:2014:6529**

Id Cendoj: **08019340012014104433**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2014**

Nº de Recurso: **2507/2014**

Nº de Resolución: **4265/2014**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FRANCISCO BOSCH SALAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2013 - 8003418

JSP

ILMO. SR. SEBASTIÁN MORALO GALLEGO

ILMO. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

ILMA. SRA. LIDIA CASTELL VALLDOSERA

En Barcelona a 12 de junio de 2014

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 4265/2014

En el recurso de suplicación interpuesto por Transmitel, S.L. frente a la Sentencia del Juzgado Social 17 Barcelona de fecha 12 de julio de 2013 dictada en el procedimiento Demandas nº 67/2013 y siendo recurridos Encarna , Jarc Seguridad, S.A., Fogasa, Ministerio Fiscal y Jose Antonio (Administrador Concursal). Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. FRANCISCO BOSCH SALAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de enero de 2013 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 12 de julio de 2013 que contenía el siguiente Fallo: " que, estimando totalmente la demanda interpuesta por Encarna contra "Jarc Seguridad SA", "Transmitel SL", Jose Antonio , en calidad de administrador concursal de "Jarc Seguridad SA", y el Fondo de Garantía Salarial,

a) debo declarar y declaro nulo el despido llevado a efecto por "Jarc Seguridad SA" frente a la demandante el 28.11.12;

b) debo condenar y condeno a "Jarc Seguridad SA" y a "Transmitel SL" a que, solidariamente, readmitan de forma inmediata a la demandante en el mismo puesto y condiciones de trabajo que regían antes del despido



y a que, también en forma solidaria, le abonen los salarios dejados de percibir por la demandante desde el despido hasta que la readmisión sea efectiva, a razón de 75,72 euros brutos diarios;

c) debo condenar y condeno al Fondo de Garantía Salarial y al administrador concursal a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos "

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

1º- La parte demandante ha estado trabajando por cuenta y bajo la dependencia de la empresa "Jarc Seguridad SA" (en adelante, Jarc) con la categoría profesional de supervisora "cra" (central receptora de alarmas), antigüedad desde 8.11.99 y salario mensual bruto, correspondiente a jornada completa, de 2.303,17 euros, incluido el prorrateo de pagas extras, en el centro de trabajo de Barcelona, sin ostentar cargos de representación unitaria ni sindical.

2º- Mediante carta de 28.11.12, Jarc comunicó a la demandante la extinción de su contrato de trabajo para la indicada fecha, invocando causas productivas. El último párrafo de dicha carta decía literalmente (mayúsculas y negrita en el original):

El despido surtirá efectos plenos a partir de la fecha de notificación del presente documento, 28 de noviembre de 2012, momento en el que se le RECONOCE expresamente la cantidad correspondiente a la INDEMNIZACIÓN DE CUARENTA Y CINCO DÍAS POR AÑO TRABAJADO hasta el 12 de febrero de 2012 y de TREINTA Y TRES DÍAS POR AÑO TRABAJADO a partir de tal fecha, por estricta aplicación de la legislación vigente. Tal cantidad, que asciende a TREINTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE EUROS CON CUARENTA Y DOS CÉNTIMOS DE EURO (37.979,42) le será abonada a la máxima brevedad posible, en cuanto finalice el proceso de obtención de liquidez en que se halla incurso la Compañía

La carta fue entregada a la demandante en el día de su fecha.

Se da por reproducida la carta en su integridad (folios 601 y 602).

3º- Desde el 19.3.12, la demandante estaba en situación de reducción de jornada por cuidado de su hijo menor de edad. Por esta razón, cobraba un salario mensual bruto de 1.817,02, con inclusión de la prorrata de pagas extras.

En el momento del despido, la demandante seguía en situación de reducción de jornada.

4º- Jarc fue declarada en situación de concurso voluntario por auto dictado el 18.1.13 por el Juzgado de lo Mercantil nº cinco de los de esta ciudad (concurso voluntario 1/2013). En dicho auto, el juez nombró administradora concursal a "MM Abogados Partnership SLP". El 28.1.13, Jose Antonio, administrador solidario de dicha firma, aceptó el cargo de administrador concursal.

5º- "Transmitel SL" (en adelante, Transmitel) se constituyó mediante escritura pública otorgada el 6.9.91 y es una empresa que se dedica, entre otras actividades, a central receptora de alarmas.

6º- Las actividades básicas realizadas por Jarc eran: 1) servicios de vigilancia; 2) central receptora de alarmas; 3) instalación y mantenimiento de alarmas. Sin embargo, en el momento del despido del demandante, Jarc se dedicaba solamente a las dos últimas actividades mencionadas.

7º- En diciembre de 2012, la práctica totalidad de los clientes de la central receptora de alarmas de Jarc pasaron a ser clientes de la central receptora de alarmas de Transmitel.

A tal efecto, Jarc entregó a Transmitel el material informático en el que constaban los datos de los clientes y los vehículos que utilizaba en la actividad de central receptora de alarmas.

8º- Jarc tenía adscritos a la actividad de central receptora de alarmas entre 9 y 10 trabajadores. De éstos, 6 cesaron en Jarc y pasaron a trabajar para Transmitel. Son los siguientes (se indican, sucesivamente, la fecha de cese en Jarc y la de inicio de la relación laboral para Transmitel):

- Arsenio : 31.12.12 - 14.1.13
- Penélope : 28.11.12 - 17.12.12
- Cesar : 31.12.12 - 14.1.13
- Tomasa : 31.10.12 - 6.11.12
- Eva María : 28.11.12 - 23.4.13
- Benita : 28.11.12 - 4.12.12

La Sra. Tomasa cesó en Transmitel el 3.12.12 y la Sra. Eva María, el 26.4.13.



9º- El 28.11.12, la parte demandante presentó papeleta de conciliación en la SCI. El acto de conciliación se celebró el 5.4.13 con el resultado de "sin efecto" respecto de Jarc y el administrador concursal, que no comparecieron, y "sin avenencia" respecto de Transmitel.

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte codemandada TRANSMITEL, S.L., que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado IMPUGNÓ, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia ha declarado la nulidad del despido de la trabajadora realizado por causas objetivas, por la razón de que en el momento del despido se encontraba en situación de reducción de jornada por cuidado de su hijo menor de edad, y no obstante ello la empresa en la carta de despido reconoció expresamente una indemnización de 45 días por año trabajado hasta el 12 de febrero de 2012 y de 33 días por año trabajado a partir de esta fecha. La sentencia señala asimismo que en el acto de juicio la empleadora reconoció la improcedencia del despido y por tanto concluye que conforme al artículo 53.4 II ET es necesario declarar la nulidad del despido efectuado de la trabajadora mientras se encontraba en situación de reducción de jornada, ya que la declaración de nulidad "*será de aplicación salvo que, en estos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados*". Al no haber posibilidad de declarar la procedencia del despido, por haberse reconocido su improcedencia e incluso haberse puesto a disposición en la carta una indemnización correspondiente a tal supuesto de improcedencia, la sentencia concluye con la nulidad del despido efectuado.

Por otra parte, conforme al hecho probado 7º, en diciembre del 2012 la práctica totalidad de los clientes de la central receptora de alarmas de la empleadora pasaron a ser clientes de la central receptora de alarmas de Transmitel. A tal efecto la empleadora entregó a Transmitel el material informático en el que constaban los datos de los clientes y los vehículos que utilizaba en la actividad de central receptora de alarmas. Por ello concluye la sentencia que ha existido una subrogación por parte de esta última empresa, de modo que conforme al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores procede asimismo su condena solidaria al haberse hecho cargo de una unidad productiva tanto en los aspectos personales como materiales que permitían su funcionamiento independiente.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia recurre únicamente la empresa condenada solidariamente Transmitel SL, por entender en sustancia que no puede ser condenada dado, que no concurren los requisitos de la subrogación apreciados por la sentencia recurrida.

Con carácter previo pretende la recurrente se admita como prueba el DVD de grabación del acto de juicio de un proceso posterior seguido ante el mismo juzgado. Tal como se deduce de la argumentación posterior de la recurrente, pretende tal aportación a efectos de la comparación de diversas testificales practicadas en el acto de juicio del que deriva el presente recurso y de las realizadas en aquél. El artículo 233 LRJS dispone únicamente la posibilidad de admisión de resoluciones judiciales o administrativas o de documentos decisivos para la resolución del recurso. Es claro, tal como señala la recurrida en su escrito de impugnación, que la grabación del acto de juicio no ostenta el carácter de documento, sino al revés de mera documentación de las manifestaciones de las partes o de los testigos y restantes intervinientes en el acto de juicio. Especialmente en lo que se refiere a la finalidad pretendida de comparación de las testificales, la referida acta no es documento en cuanto a la valoración de la realidad o falsedad de las declaraciones que meramente documenta, declaraciones testificales que en cuanto tales son de la exclusiva valoración del juez de instancia y que no caben en el ámbito del recurso de suplicación tal como recordaremos enseguida. Al no tratarse pues de documento no es posible su admisión.

Al amparo del art. 193 b) LRJS solicita la recurrente la modificación del hecho probado 7º en el sentido de que se señale que en diciembre del 2012 sólo se traspasaron algunos y no la práctica totalidad de los clientes de una empresa a otra; y también de que no existió traslado de material ni vehículo alguno., El hecho probado 7º tal como señala la sentencia recurrida en su fundamento de derecho primero se extrae de la declaración de los 4 testigos que señala. Consiguientemente la empresa recurrente realiza un análisis de las testificales practicadas para concluir de las mismas unas consecuencias distintas de las adoptadas por el juez de instancia.

Como esta Sala ha señalado constantemente conforme a la doctrina del Tribunal Supremo los hechos fijados por el órgano judicial de instancia no pueden sustituirse por otra voluntaria y subjetiva confundiendo este recurso excepcional con una nueva instancia, por lo que en consecuencia, los hechos declarados probados, reflejo de dicha valoración deben prevalecer, mientras que por medio de un motivo de revisión fáctica, basada en documentos de los que resulte de un modo claro, directo y patente el error sufrido, sin necesidad de



argumentaciones, deducciones o interpretaciones valorativas' (por todas, sentencia de 18 de noviembre de 1999), o, de otra forma 'no cabe aceptar el error denunciado, en cuanto se está en supuesto cierto de plurales dictámenes periciales, divergentes en sus diagnósticos y conclusiones, pero ello no obsta, dado que son homólogos en su valor científico, a que deba prevalecer en casación el criterio del juzgador de instancia, en atención a la regla general contenida en el art. 632 de la L. E. Civ., pues, en cualquier hipótesis, para que el error de hecho tenga aceptación y viabilidad en casación ha de ser inequívoco, directo y evidente, y debe exteriorizarse y patentizarse de modo cierto, sin que pueda ser aceptado cuando descansa en opiniones personales de quienes objetan lo decidido por el Juez 'a quo' en base de un examen subjetivo de las pruebas aportadas' (STS 20/12/83).

Como reiteradamente viene sustentando esta Sala entre otras múltiples coincidentes las de 22 y 29 de marzo y de 11 de noviembre de 1995; de 25 de abril, 30 de octubre y 9 de diciembre de 1996; 19 de septiembre de 1997 y 26 de noviembre de 1997, de 2 y 30 de noviembre de 1998, de 15 y 29 de enero de 1999, y 10 de junio del año 2000, entre otras muchas, cualquier modificación o alteración en el relato de hechos declarados como acreditados por el Juzgador a quo no sólo ha de resultar trascendente a efectos de la solución del litigio sino que, en todo caso, ha de apoyarse en concreto documento auténtico o prueba pericial que obrante en los autos patentice de manera clara evidente y directa, de forma contundente e incuestionable, el error de aquel Juzgador cuya facultad de apreciación conjunta respecto de los 'elementos de convicción' aportados a las actuaciones el art. 97.2 de la misma Ley de Procedimiento Laboral le otorga, de modo que dicha facultad no puede verse contradicha ni desvirtuada por valoraciones o conclusiones diversas de parte interesada, sin necesidad de acudir a argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables del error del 'iudex a quo'.

En el presente caso la recurrente confunde completamente el presente recurso de suplicación con un recurso de apelación, dado que dirige íntegramente su argumento a valorar y reinterpretar las declaraciones testificales realizadas en el acto de juicio. Tales declaraciones testificales no pueden ser revisadas en el recurso de suplicación, en la medida en que las pruebas personales no pueden ser revisadas en el ámbito del mismo. Por todo ello el motivo no puede ser estimado.

TERCERO.- Al amparo del art. 193 c) LRJS denuncia la recurrente la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la Directiva 77/187 sobre sucesión de empresas. En el presente caso conforme a los hechos declarados probados, que no pueden ser modificados, consta que hubo una transmisión de la mayoría de trabajadores, de los medios informáticos en que se contenían los clientes de la empresa, de estos mismos clientes, y de medios de transporte de la misma. Siendo ello así, tal como es necesario entender en base a los hechos declarados probados, existe una sucesión del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, en el sentido de la transmisión de una unidad productiva autónoma, según cuyo número 2 se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

La jurisprudencia clásica ha declarado que la subrogación de empresas prevista en el art. 44 ET puede existir a través de "cualquier tipo de transmisión" (STS 27/10/86), o que "la transmisión ha de entenderse referida a cualquier especie o figura jurídica" (STS 26/1/87), y por tanto conlleva una relación entre cedente y cesionario que comprende "tanto la directa como la indirecta, incluso cuando entre el inicial titular y el posterior se interpone un tercero" (STS 26/1/87), y aún en supuestos de fraude de ley (STS 11/12/85). Como resumía la STCT 2/12/83 "ya sea por cualquier tipo de convención -cesión, permuta, venta etc- o por circunstancias impuestas -venta judicial, caducidad de servicios, etc- que vienen a constituir la especie de cambio 'transparente', como las ocurridas por simples factores o circunstancias 'de facto' -mantenimiento del mismo negocio o actividad, domicilio social y plantilla total o parcial - que, a su vez integran el requisito del 'tracto directo', que constituyen los 'cambios no transparentes'. Tal subrogación en el presente caso no es meramente en la actividad, sino también en los medios materiales necesarios para la realización de la misma, de manera que implica la transmisión de medios personales y materiales organizados de forma tal que sean susceptibles de continuar la actividad empresarial, en el sentido de que pueda entenderse que se mantiene su identidad, esto, es, que la unidad transmitida sigue siendo la misma sustancialmente a pesar del cambio de titularidad. Tal identidad existe cuando la sustancia de los medios personales y materiales necesarios para la realización de la actividad se transmiten en conjunto, y de no forma aislada, tal como sucede en el presente caso, conforme a los hechos declarados probados, en que se han transmitido tanto los trabajadores como los medios informáticos, especialmente discos duros con clientes, como los medios de transporte. Por todo ello ha de desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia recurrida.

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



FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por TRANSMITEL, S.L. contra la sentencia de fecha 12 de julio de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de los de esta ciudad en el procedimiento 67/2013 promovido por Encarna frente a la recurrente, JARC SEGURIDAD S.A., Jose Antonio , Fondo de Garantía Salarial y con intervención del MINISTERIO FISCAL, debemos de confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Se condena a la empresa recurrente a la pérdida de los depósitos, debiéndose dar el destino legal a las consignaciones o aseguramientos en su caso efectuados, así como condenamos a la empresa al abono de la cantidad de 400 en concepto de honorarios al Letrado impugnante.

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.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 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 art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , consignará como depósito, 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, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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.