



Roj: **STSJ M 6173/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:6173**

Id Cendoj: **28079340062019100480**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/07/2019**

Nº de Recurso: **299/2019**

Nº de Resolución: **710/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 6173/2019,**  
**AATSJ M 215/2019**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social**

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

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34002650

**NIG** : 28.079.00.4-2017/0053658

**ROLLO Nº**: RSU 299/2019

**TIPO DE PROCEDIMIENTO**: RECURSO SUPLICACION

**MATERIA**: DESPIDO

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 20 de MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 1241/17

RECURRENTES: D<sup>a</sup>. Vicenta Y D. Marcelino

RECURRIDOS: D<sup>a</sup>. Marí Jose Y D<sup>a</sup>. María Dolores

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID**

En Madrid, a dieciocho de julio de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos/as. Sres/a. **DOÑA M<sup>a</sup> JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA, PRESIDENTA** , **DON LUIS LACAMBRA MORERA Y DON BENEDICTO CEA AYALA**, Magistrados, han pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA nº 710**

En el recurso de suplicación nº **299/2019** interpuesto por el Letrado D. LUIS RAFAEL GALLEGO ARJIZ en nombre y representación de **D<sup>a</sup>. Vicenta Y D. Marcelino** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **20** de los de MADRID, de fecha **DOS DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECIOCHO** , ha sido Ponente la **Ilma. DOÑA M<sup>a</sup> JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA**.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que según consta en los autos nº 1241/17 del Juzgado de lo Social nº 20 de los de Madrid, se presentó demanda por D<sup>a</sup>. **Marí Jose** contra LA EMPRESA MARIA ESTHER NISO IGLESIA, D<sup>a</sup>. Vicenta Y D. Marcelino en reclamación de **DESPIDO**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **DOS DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECIOCHO** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*"Que estimando la demanda de despido deducida por D<sup>a</sup> Marí Jose CONTRA LA EMPRESA MARIA ESTHER NISO IGLESIA, D<sup>a</sup> Vicenta Y D. Marcelino debo declarar y declaro improcedente el despido objetivo de que ha sido objeto la actora con fecha de efectos de 2-10- 2017 condenando a las empresas codemandadas solidariamente a que, a su elección que deberán manifestar en el plazo de los cinco días siguientes al de la notificación de esta sentencia, le readmitan en su mismo puesto de trabajo o le indemnicen en la suma de 6.953,76 euros, entendiéndose que de no hacerlo en el plazo indicado optan por lo primero .En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.*

*Asimismo a que abonen a la actora solidariamente la suma de 778,7 euros por los conceptos salariales estimados de su demanda ,cantidad que se incrementará en un 10% de interés por mora".*

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

*" PRIMERO.- La actora venía prestando sus servicios para la demandada María Dolores desde 2.11.2011 con la categoría profesional de Educadora A Infantil y devengando un salario mensual bruto de 1053,73 euros con prorrata de pagas extras.*

*SEGUNDO.- La actora inicia su relación laboral con la empresa Susana Edurne Pérez Esturo y con fecha de 1 de febrero 2016 pasa subrogada a la plantilla de la empresa denominada "Daniel Murillo Rodriguez"(Doc nº 5 a 9 ramo actora) .*

*TERCERO.- Con fecha de 31 de julio de 2017 la empresa Daniel Murillo Rodríguez comunica a la trabajadora la subrogación empresarial por cambio en la titularidad del empresario, que con fecha de 1 de agosto de 2017 recaerá en Doña María Dolores , con motivo del traspaso del actividad de guardería infantil " Luna Lunera" que recaerá en esta persona.(Doc nº 2 ramo actora).*

*Con fecha de 2 de agosto de 2017 Doña María Dolores comunica a la actora la subrogación empresarial.(Doc nº 3 ramo actora).*

*CUARTO.- Con fecha de 2.10.2017 y efectos del mismo día la empresa Doña Esther Niso comunica a la actora su despido basado en las causas económicas y productivas que en la misma se relatan al amparo del art 52 c) en relación con el art 51,1 y 53 ET que se indican :*

*"Como muy bien sabe, se firmó contrato de traspaso de negocio de la Escuela Infantil Luna Lunera, la cual regentaba la parte vendedora, D. Marcelino y D<sup>a</sup> Vicenta , en el que Doña María Dolores en fecha 1 de Agosto de 2017, se subrogaba en las condiciones pactadas, una de ellas, objeto del despido, era que se adjuntaba un detalle de los niños matriculados y niños pendientes de incorporarse, es decir un total de 18 niños de edades diversas desde 0 a 6 años.Lo cierto es que, pasado el mes de septiembre, a fecha de hoy, los niños matriculados de edades de 0 a 6 años, son un total de 9, con lo que los resultados económicos incorporan pérdidas importantes, y es inviable efectos de mantener su puesto de trabajo, ya que no existe previsión de nuevas matriculaciones que puedan solventar el momento que crisis económica por el que atraviesa el centro infantil.*

*Por consiguiente, la relación laboral que le ha unido a ésta Empresa, finalizará en el día de hoy, 2 de Octubre de 2017, y se le informa que se compensa el plazo de preaviso de 15 días, que se pone a su disposición, junto con la presente comunicación, así como la nómina del mes y las vacaciones no disfrutadas.*

*La indemnización legal que por despido objetivo le corresponde calculada en razón de 20 días por año con el tope de una anualidad asciende a la cuantía de 4.160,99€ (cuatro mil ciento sesenta con noventa y nueve euros), si bien por la misma razón por la que se apoya la decisión de extinguir su contrato, no existe tesorería ni previsión de ella, por lo que no se pone a su disposición en este acto tal y como queda acreditado en el balance de cierre de trimestre, y conforme al artículo 53 del ET , que se aporta junto con la presente comunicación.*

*QUINTO.- Doña María Dolores , la nueva titular del negocio contacta con los anteriores dueños Marcelino y Vicenta en el mes de mayo de 2017 manteniendo negociaciones para adquirir el negocio de la guardería ,con la finalidad de conocer el día a día y la rutina de la actividad ,es contratada por estos en el mes de julio un par de semanas .*



Doña María Dolores conocía la actividad de la guardería por haber trabajado como educadora en esta actividad.

SEXTO.- A fecha de 1 de agosto de 2017 cuando tiene lugar la subrogación había un total de 18 niños matriculados y pendientes de incorporación.

El número de niños matriculados en la escuela infantil puede cambiar, hay matriculaciones y bajas a lo largo de todo el año; si bien en verano suele haber menos niños.

Cuando la codemandada a fecha de extinción de la relación laboral se hace cargo del negocio había tres educadoras contratadas, que son despedidas en fecha de 2 de octubre; inmediatamente después del despido la empresa ha contratado a dos trabajadoras nuevas que junto con la empresaria realizan las funciones de educadora.

SEPTIMO.- La trabajadora despedida junto con sus dos compañeras que también lo han sido, con anterioridad al traspaso de la actividad mantuvieron varias conversaciones con el empresario Marcelino y una de estas conversaciones ante la intranquilidad que les producía el tema fue grabada, en ella Marcelino reconoce que no estaba vendiendo el negocio a María Dolores, que ésta siempre ha estado detrás del negocio aunque no figurara en los documentos que es la persona que económicamente les ha ayudado, y que ahora que ellos no pueden estar físicamente por un problema familiar en el negocio la dejan a ella como persona de confianza pero que quien realmente figura a todos los efectos en el negocio es el "(..).Obra al Doc nº6 Transcripción de la grabación de la conversación, que se tiene por reproducidos.

OCTAVO.- En el momento de la subrogación de la actividad a 1.08.2017 los anteriores empresarios se encontraba al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con las trabajadoras.

NOVENO.- No se ha acreditado documentalmente el traspaso, precio, condiciones etc.

DECIMO.- A fecha de extinción de la relación laboral la empresa Esther Niso adeuda a la trabajadora las cantidades por los conceptos y periodos que se desglosan en el hecho séptimo de la demanda y que ascienden a la suma de 589,59 euros por los conceptos de vacaciones y falta de preaviso.

DECIMO-PRIMERO.- La parte actora no ostenta ni ha ostentado la condición de representantes de los trabajadores.

DECIMO-SEGUNDO.- Se ha intentado el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC en fecha de 24.10.2017 celebrándose el acto en fecha de 13.11.2017 con el resultado de sin avenencia, los codemandados Marcelino y Vicenta manifiestan que se traspasó el negocio el 1 de agosto de 2017 y desconocen lo ocurrido dos meses después. D<sup>a</sup> María Dolores ratifica las causas del despido objetivo y que de las cantidades reclamadas reconoce adeudar la indemnización completa, las vacaciones y el preaviso, pero que no puede hacer frente al pago en este momento por carecer de liquidez".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala. Habiéndose señalado para votación y fallo el día 17 de julio de 2.019.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La empresa "Susana Eburne Pérez Esturo" contrató a D<sup>a</sup>. Marí Jose el 2-11-11, subrogándola como nueva empleadora en 1-2-16 "Daniel Murillo Rodríguez" y en 1-8-16 "Esther Niso", quien acordó el despido objetivo de la citada trabajadora el 2-10-17. Ésta presentó demanda de despido y cantidad, habiendo correspondido su enjuiciamiento al juzgado de lo social nº. 20 de Madrid, el cual dictó sentencia el 2-10-18 declarando la improcedencia de dicha extinción contractual, tanto por razones formales (falta de abono de la indemnización al notificar el despido y falta de cumplimiento de los requisitos exigibles a la carta de despido) como sustanciales (inacreditación de los presupuestos de fondo para el despido). Condenó igualmente al abono de cantidad y declaró la responsabilidad solidaria de los codemandados en las condenas reseñadas.

Ese pronunciamiento solo ha sido recurrido por D. Marcelino y D<sup>a</sup>. Vicenta.

SEGUNDO.- Adjuntan a su escrito de suplicación diversos documentos que piden incorporar a los autos por vía del art. 233.1 LRJS.

Tal petición se resuelve en iguales términos que lo ha hecho este Tribunal en el Rec. 298/18, resuelto en sentencia de 18-7-19:

"Como con acierto advierte la recurrida en su escrito de impugnación, ninguno de los citados documentos cumple los requisitos del art. 233 LRJS, que justifique su aportación excepcional en este trámite de recurso, habida cuenta de que no estamos ante una sentencia o resolución firme, ni tampoco ante un documento decisivo para la



*resolución del recurso, pues o bien se trata de resoluciones de mero trámite recaídas en procedimiento distinto, o bien de documentos cuyo contenido nada tiene que ver con el objeto debatido en estos autos, en cuanto afectantes al cumplimiento del acuerdo alcanzado entre partes para la transmisión del negocio, y que pende en la actualidad de un contencioso que se tramita ante el orden jurisdiccional civil; tampoco, y a mayor abundamiento, se trataría de actuaciones que, todas ellas, fuesen desconocidas por las recurrentes en la fecha de celebración del juicio, el 1-10-18. Por todo ello se inadmiten".*

**TERCERO.-** Como revisión del relato fáctico se pide añadir un décimotercer hecho declarado probado del siguiente contenido:

" El Juzgado de 1ª Instancia nº 02 de Alcobendas está conociendo del Procedimiento Ordinario 844/2018, seguido entre D. Marcelino y Dª Vicenta , como demandantes, y Dª María Dolores , como demandada, en el que se ha dictado el decreto, de fecha 08-10-2018, acordando:

1º.- *Tener al Procurador, Dª María Isabel Bermudez Iglesias, por comparecido en nombre y representación de Dª María Dolores y por contestada la demandada.*

2º.- *Tener por formulada por dicha parte demanda reconvenicional frente a la parte actora cuya pretensión se sustanciará y decidirá al propio tiempo y en la misma forma que las pretensiones objeto de la demanda principal.*

3º.- *Dar traslado de la reconvenición a la parte reconvenida para que la contesten en el plazo de VEINTE DÍAS HÁBILES siguientes a la notificación de la demanda reconvenicional, ajustándose la contestación a lo dispuesto en el artículo 405 de la L.E.C . Se da por reproducido dicho escrito de contestación a la demanda y formulación de demanda reconvenicional. 14*

*Igualmente, consta presentado por Lexnet el 08-11-2018 el escrito de contestación a la demanda reconvenicional y documentos anexos, presentado por el Procurador, Dª Ana Caro Romero, en nombre y representación de D. Marcelino y Dª Vicenta , en el citado Procedimiento Ordinario 844/2018, seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 02 de Alcobendas, que se dan por reproducidos".*

Tal petición se basa en la documental cuya incorporación a los autos se pedía a través del art. 233.1 LRJS . En coherencia, desestimada tal incorporación, decae la revisión que es objeto de examen.

**CUARTO.-** Se pide igualmente revisar el noveno hecho declarado probado en la forma siguiente: " *D. Marcelino y Dª Vicenta , como cedentes, y Dª María Dolores , como cesionaria suscribieron un contrato de traspaso del negocio de guardería, con fecha de efectos 1 de agosto de 2017, por un precio de 33.000,00€ y demás condiciones acuerdos que figuran en el referido contrato de traspaso, que se da por reproducido (anexo 4, documento nº 3 incorporado a los autos con el escrito de formalización del presente recurso de suplicación)".*

Damos a esta petición la misma respuesta que en el caso anterior.

**QUINTO.-** Por último, se insta de la Sala amplíe su relato fáctico mediante este décimocuarto hecho declarado probado:

*"D. Marcelino causó baja en autónomos el 31-07-2017 y fue dado nuevamente de alta, en régimen general el 23-10-2017.*

*Dª. Vicenta causó baja en autónomos el 31-07-2017 y fue dada nuevamente de alta, en régimen general, el 28-08-2017.*

*Dª. María Dolores causó alta en autónomos el 01-08-2017, sin que conste su baja a fecha de la consulta telemática, 23-11-2017".*

Se desestima, por ser de carácter irrelevante.

**SEXTO.-** El motivo cuarto de recurso, destinado al examen del derecho ( arts. 44 ET y 6.4 Cc ) aplicado en instancia se ha de resolver de igual forma que la citada sentencia de este Tribunal recaída en asunto igual al presente, la cual sostiene:

*"Los recurrentes denuncian la infracción de los arts. 6.4 del C. Civil y 44 del ET , por considerar, en esencia, que tratándose de un despido producido el 2-10-17 - hechos 3º y 4º -, es decir, con posterioridad a que hubiese tenido lugar el traspaso del negocio y la consiguiente subrogación empresarial a favor de Dª María Dolores , el 1-8-17 - hecho 6º -, no cabe, a su juicio, hacer recaer las consecuencias del mismo sobre las personas de los cedentes o anteriores titulares del negocio, pues no se da en autos el supuesto de que la cesión hubiese sido declarada delito, ex art. 44.3 ET , ni que la única finalidad de la transmisión hubiese sido la de eludir las responsabilidades de los empleadores cedentes, negando virtualidad probatoria a la grabación aportada a autos, al no recoger fielmente lo que en realidad se quiso decir, para descartar en último lugar que la posible insolvencia de la nueva titular sea título suficiente para extender las responsabilidades del despido hacia los anteriores titulares del negocio.*



Según la resolución de instancia la extensión de responsabilidades, que es lo único que los recurrentes cuestionan en este trámite, se sustenta, en esencia, en la existencia de un fraude de ley en la transmisión del negocio, extraída de las propias manifestaciones de los codemandados, así como de la situación de insolvencia del adquirente - F. de D. 5º -. Y siendo esto así, habida cuenta de que, y conforme advierte la recurrida en su escrito de impugnación, se trata de extremos que son fruto de la conjunta valoración de la prueba practicada, consistente en el interrogatorio de partes, documental y testifical, que no han podido ser revisados en forma por los recurrentes, la conclusión no puede ser otra que la mantenida en la instancia, en orden a que los recurrentes, conocedores de la situación económica del cesionario, y con el solo fin de evitar que las responsabilidades dimanantes del cese de la trabajadora pudiesen recaer sobre ellos, simularon una cesión del negocio, al seguir asumiendo, de hecho, los cometidos propios de un empresario, por lo que, y de conformidad a lo establecido en el art. 6.4 del C. Civil, las consecuencias de tal actuar no pueden ser otras que las dimanantes de la ley que han tratado de eludir, a saber, las contempladas en el art. 56 ET, y por ello sin que les sean de aplicación las excepciones y limitaciones del art. 44 ET, al no encontrarnos ante una verdadera sucesión o transmisión de empresas, habida cuenta de que se ha evidenciado que ésta ha sido solo simulada. Por todo ello el motivo y el recurso deben ser desestimados, con pérdida del depósito y de las consignaciones efectuadas para recurrir - art. 204 LRJS -, y expresa condena en costas a la recurrente - art. 235 LRJS ".

Por lo que el recurso se desestima.

**SÉPTIMO.-** Pierde la recurrente el depósito y el aseguramiento prestado para recurrir, a los que se dará el destino que proceda cuando la presente sentencia sea firme.

Debe abonar también los honorarios del Letrado de la parte recurrida, que ascienden a 400 euros.

**OCTAVO.-** Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina ( art. 218 LRJS ).

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup>. Vicenta Y D. Marcelino contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 20 de los de MADRID de fecha **DOS DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECIOCHO** en virtud de demanda formulada por D<sup>a</sup>. Marí Jose contra dichos recurrentes y contra la empresa "MARÍA ESTHER NISO IGLESIAS" en reclamación de **DESPIDO**. En su consecuencia, confirmamos la sentencia de instancia. Se acuerda la pérdida del depósito y del aseguramiento efectuados para recurrir. Con costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, 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 resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **299/2019** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. 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. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 299/2019), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art. 230.1 L.R.J.S ).

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.