



Roj: **STSJ CL 4383/2018 - ECLI:ES:TSJCL:2018:4383**

Id Cendoj: **47186340012018102069**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **26/11/2018**

Nº de Recurso: **1827/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 01946/2018

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983458462-463

Fax: 983.25.42.04

NIG: 49275 44 4 2017 0001157

Equipo/usuario: MAH

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001827 /2018

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000568 /2017

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE/S D/ña Eulalio , EULEN S.A.

ABOGADO/A: JOSE FERNANDEZ POYO, MANUEL RODRIGUEZ SOTO

PROCURADOR: , JUAN MANUEL GAGO RODRIGUEZ

GRADUADO/A SOCIAL: ,

RECURRIDO/S D/ña: Eulalio , EULEN S.A. , HUAWAY TECNOLOGIES ESPAÑA SL , ZENER ALTECABLE, S.L. , VODAFONE ONO, S.A.U.

ABOGADO/A: JOSE FERNANDEZ POYO, MANUEL RODRIGUEZ SOTO , RAFAEL MUÑOZ DE LA ESPADA PALOMINO , LINO FERNANDEZ PUERTOLAS ,

PROCURADOR: , JUAN MANUEL GAGO RODRIGUEZ , , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , , , ,

Recurso nº: 1827/2018 R.L.

Ilmos. Sres.

D. Emilio Álvarez Anllo

Presidente

D. José Manuel Riesco Iglesias

D. Rafael Antonio López Parada/



En Valladolid a veintiséis de Noviembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 1827 de 2.018, interpuesto por Eulalio y EULEN, S.A. contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº 2 de Zamora en el Procedimiento Despido/Ceses en General nº 568/2017, de fecha 20 de Marzo de 2018, en demanda promovida por Eulalio contra ZENER ALTECABLE, S.L., EULEN, S.L., HUAWEY TECNOLOGIES ESPAÑA, S.L. y VODAFONE ONO, S.A.U., sobre DESPIDO OBJETIVO, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. Rafael Antonio López Parada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 1 de Diciembre de 2017, se presentó en el Juzgado de lo Social de Zamora Número 2, demanda formulada por la parte actora en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes: "PRIMERO. - El demandante, DON Eulalio, mayor de edad y cuyas circunstancias personales obran en el encabezamiento de la demanda, ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa demandada ALTECABLE INSTALACIONES S.L. con antigüedad de 3/7/2000, categoría profesional de técnico Grupo III, salario según convenio de 21235,05 euros anuales. SEGUNDO. - Es de aplicación el convenio colectivo de Industria de Metal para la provincia de Zamora. TERCERO.- El trabajador pasó subrogado a la empresa ALTECABLE INSTALACIONES S.L. en fecha 01/05/2013 a resultas del contrato de prestación de servicios de mantenimiento suscrito entre CABLEEUROPA S.A.U. y ALTECABLE INSTALACIONES S.L. en fecha 30/04/2013 (doc. 4 de ZENER), en el cual se hace constar que ONO, empresa dedicada a la prestación de servicios de telecomunicaciones en General y en particular de telefonía televisión e Internet, para el mercado residencial como para el empresarial, requiere de la prestación por un tercero de los servicios de mantenimiento de primer nivel de su red de cable de fibra óptica. El objeto del contrato fue la prestación de servicios por parte de ALTECABLE INSTALACIONES (hoy ZENER ALTECABLE S.L.), de los servicios de mantenimiento de primer nivel de la red de cable de fibra óptica ONO en la zona Norte (Ávila, Burgos, Palencia, Segovia, Soria y Zamora), que implicó la transferencia en bloque de las actividades relativas a los servicios de gestión de dicho mantenimiento, incluyendo los trabajadores asignados a tales actividades, tratándose de una organización dotada de un conjunto de recursos humanos y materiales que le permiten desarrollar su actividad económica de manera independiente, como una unidad productiva autónoma, subrogándose ALTECABLE en todos los derechos y obligaciones laborales consolidados que tuviera ONO respecto de los empleados referidos, entre los que se encontraba el actor. A resultas de dicho contrato, ONO cedió a ZENER ALTECABLE en cada una de las provincias referidas una relación de instrumentación necesarios para el desarrollo de la actividad (documento número 6 de ZENER ALTECABLE) CUARTO. - En fecha 9/02/2017 ALTECABLE INSTALACIONES S.L., firmo a instancias de VODAFONE ONO, la "autorización para la cesión del contrato de prestación de servicios de mantenimiento a HUAWEY", cuyo contenido literal es el siguiente"

"En Madrid, a 9 de febrero de 2017

Sr. Director Técnico,

Por medio de la presente carta, les comunicamos que, por razones estratégicas y de negocio y con el objetivo de avanzar hacia un modelo unificado de mantenimiento de su red, el grupo Vodafone en España ha decidido transferir su actividad de mantenimiento de la infraestructura y de los equipos de telecomunicaciones a la entidad Huawei. La transferencia de la actividad implica la cesión a Huawei de activos, recursos y relaciones contractuales con terceros.

Con dicha finalidad, se va a proceder a la cesión, por parte de Vodafone Ono a Huawei, del "Contrato de Prestación de Servicios de Mantenimiento", suscrito por parte de Vodafone Ono y Altecable Instalaciones S.L., con fecha 14 de mayo de 2013, (en adelante, el "Acuerdo"), cuya cláusula 17 dispone lo siguiente en cuanto a la posibilidad de cesión del mismo:

17.1. Sin el previo consentimiento expreso y por escrito de ONO, el PROVEEDOR no podrá (1) subcontratar todos o parte de los Servicios con otras empresas para su ejecución: ni (ii) ceder el Contrato ni cualesquiera derechos u obligaciones derivadas del mismo.

(-.)



17.3. ONO tendrá la facultad de ceder el Contrato a favor de una empresa de su mismo grupo empresarial, es decir, una empresa controlada por Cableuropa, S.A. ù. o Grupo Corporativo Ono, S.A., o que controle a éstas. Se entenderá que existe control en caso de producirse cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio ,

Por ello, y de conformidad con lo dispuesto en la cláusula transcrita, sirva la presente carta como solicitud de autorización para la cesión del Acuerdo a Huawei que, a partir del 22 de marzo de 2017, si la cesión como esperamos se produce, se subrogará en la posición de Vodafone Ono, y adquirirá en bloque y por sucesión universal la totalidad de los derechos y obligaciones derivados del referido Acuerdo.

Tenga en cuenta que, una vez se produzca la cesión si ustedes la autorizan, la dirección y persona de contacto de Huawei a efectos de notificaciones del Acuerdo serán las siguientes:

Huawei Technologies España, S.L.

C/Fedenco Mompou, 5

28050 - Madrid - Spain

A/A: Luis

E-mail: DIRECCION000 @h uaweLcorn

Asimismo, solicitamos que una vez sea autorizada la cesión por su parte, como esperamos, las facturas asociadas al Acuerdo que se emitan a partir del 22 de marzo de 2017 (inclusive), sean emitidas a nombre de Huawei, provista de C.L.F. ESB84136464.

Les pedimos, pues, por favor, que en caso de estar conformes con la cesión del Acuerdo, nos remitan firmada la presente solicitud en un plazo máximo de quince (15) días hábiles desde su recepción. Quedamos a su entera disposición para tratar lo que estimen conveniente al respecto o puedan necesitar para damos la autorización que les pedimos.

Atentamente." QUINTO. - En el mes de marzo de 2017 se produjo la referida cesión del mencionado contrato de prestación de servicios de mantenimiento suscrito entre ALTECABLE y ONO, por parte de ONO a la empresa HUAWEI TECHNOLOGIES ESPAÑA S.L. a resultas de la cesión del servicio completo de mantenimiento de primera línea de la red de cable de VGC en todas las regiones de España (documento número 3 de VODAFONE). Tras referida cesión, ZENER continuó prestando los servicios de mantenimiento para HUAWEI. SEXTO. - En fecha 15/09/2017 HUAWEI remitió correo electrónico a ZENER ALTECABLE S.L, del siguiente tenor literal: "Estimado Pedro , tal y como hemos comentado por teléfono, lamento comunicarte que Zener no ha resultado adjudicatario de la RFQ de referencia (FLM Fijo VDF) en ninguna de las Regiones ofertadas (...)". Interesaba asimismo, con el fin de asegurar una correcta transición al nuevo adjudicatario, extender los contratos actuales hasta el 31/10/2017. SÉPTIMO. - En fecha 13/10/2017 ZENER ALTECABLE S.L. dirigió comunicación escrita al trabajador demandante del siguiente tenor literal:

"SR. Eulalio

Zamora, a 13 de octubre de 2017

Muy Sr. nuestro:

I.- En virtud del acuerdo suscrito el 14 de mayo de 2013 entre CABLEEUROPA S.A.U., y ZENER ALTECABLE Si- (entonces denominada ALTECABLE INSTALACIONES S.L.), y también en virtud de los acuerdos que CABLEEUROPA, S.A.U. había suscrito con los representantes legales de sus trabajadores, se produjo la transmisión en bloque a ZÉNER ALTECABLE, S.L. de las actividades relativas a los servicios de gestión del mantenimiento de primer nivel de la red de cable de fibra óptica de ONO, incluyendo los trabajadores asignados a las mismas, por constituir dichas actividades y el conjunto de elementos materiales y humanos propios para su desempeño, una unidad productiva autónoma. Por este motivo ZÉNER ALTECABLE, S.L. se subrogó en los contratos de trabajo de los siguientes trabajadores de la entonces denominada CABLEEUROPA, S.A.U. que prestaban sus servicios en las demarcaciones de Palencia, Segovia, Burgos, Ávila y Zamora, entre los que Ud. se encuentra. II.- Conforme a los acuerdos suscritos entre VODAFONE ONO, S.A.U. y HUAWEI TECHNOLOGIES ESPAÑA S.L., en marzo de 2017 se produjo la cesión del contrato de prestación de servicios de mantenimiento suscrito el 14 de mayo de 2013 entre ALTECABLE, S L y ONO. Ello dio lugar a la firma del contrato NUM000 , de fecha 20 de marzo de 2017, entre ZENER ALTECABLE S.L. y HUAWEI TECHNOLOGIES ESPAÑA S.L., que tenía el mismo objeto que el previamente suscrito entre ALTECABLE y ONO, siendo este el motivo por el que ZÉNER ALTECABLE, S.L. continuó prestando los servicios de mantenimiento de red con los elementos materiales y con los trabajadores que conformaban la unidad productiva autónoma recibida en su día de CABLEEUROPA, S.A.U. III.-Con fecha 15 de septiembre de 2017 HUAWEI TECHNOLOGIES ESPAÑA, S.L. ha comunicado a ZENER ALTECABLE, S.L. que el 31 de octubre de



2017 se extinguirá el contrato NUM000, de fecha 20 de marzo de 2017, cesando por ello a partir de esa fecha ZÉNER ALTECABLE, S.L. en todas las funciones referentes al mantenimiento de la red de cable de fibra óptica de ONO y quedando, lógicamente, totalmente desvinculada de esa unidad productiva autónoma que va a pasar a ser gestionada bien por HUAWEI TECNOLOG1FS, S.L. o por la empresa que ésta designe, la cual, al parecer es EULEN S.A. IV.- En aplicación de lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, la extinción del contrato de mantenimiento NUM000, de fecha 20 de marzo de 2017 y la gestión por parte de una nueva empresa de la unidad productiva autónoma vibre el que dicho contrato versa, origina un supuesto de sucesión de empresas que obliaa a subrogarse en los contratos de trabajo de los trabajadores afectados a la empresa que efectivamente vaya a llevar a cabo las funciones CIIC hasta la fecha venían siendo desempeñadas Por ZásIER ALTECABLE, S.L. V.- Todos estos extremos ya han sido puestos en conocimiento tanto de HUAWEI TECNOLOGIES ESPAÑA S.L. como de EULEN S.A., advirtiéndoles de la obligación que, a partir del 1 de noviembre de 2017. tiene de subrogarse en su contrato de trabajo la empresa quefinalmente vaya a asumir la gestión de la unidad productiva autónoma y las funciones que hasta la fecha venían siendo desempeñadas por ZÉNER ALTECABLE, S.L., en la cual causara Ud. Baja a fecha de 31 de octubre de 2017. Con este motivo aprovechamos la ocasión para saludarle muy cordialmente." OCTAVO. - ZENER ALTECABLE procedió a la entrega de elementos a HUAWEI en fecha 31/10/2017 (doc. 10 de ZENER), y asimismo dirigió sendas comunicaciones escritas a HUAWEI y a EULEN en fecha 11/10/2017, poniendo en su conocimiento su obligación de asumir a los trabajadores procedentes de CABLEUROPA y que prestaban sus servicios en las demarcaciones de Palencia, Segovia, Soria, Burgos, Ávila y Zamora. NOVENO. - EULEN dirigió contestación a ZENER ALTECABLE en fecha 23/10/2017, del siguiente tenor literal:

"En Valladolid, a 23 de octubre de 2017

Muy Sres. Nuestros:

En contestación a su escrito de fecha 11 de octubre de 2017 por el que nos comunican la subrogación del personal que ustedes tienen adscrito al contrato mercantil suscrito con HUAWEI TECNOLOGIES ESPAÑA, S.L., de su referencia NUM000, les comunicamos lo siguiente:

1.- En cumplimiento de lo establecido en materia de subrogación en los Convenios Colectivos del Metal de las provincias de Ávila, Segovia y Palencia que ustedes indican en su carta, procederemos a partir de la fecha en la que iniciemos los servicios a la subrogación del personal adscrito a los mismos en dichas provincias que son los empleados siguientes:

Jose Pablo, con D.N.I. n2 NUM001 (Ávila)

Luis Pedro, con D.N.I. n2 NUM002 (Segovia)

Pedro Antonio, con D.N.I. n2 NUM003 (Palencia).

2.- No procede legalmente la incorporación a nuestra empresa de los trabajadores que ustedes tienen adscritos a su contrato en las provincias de Burgos y Zamora, porque como ustedes saben en los convenios colectivos provinciales de aplicación de ambas provincias no está regulada la subrogación del personal adscrito a servicios contratados con clientes privados, no concurriendo además las circunstancias necesarias para la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto a la sucesión de empresa, dado que en este caso no se produce la transmisión de "una unidad productiva autónoma" como ustedes pretenden, porque se trata de la mera adjudicación de contratos de servicios de mantenimiento de red fija en distintas provincias que se realizarán de forma independiente por el personal adscrito al servicio en cada una de ellas.

Por ello, rechazamos la subrogación de los empleados siguientes:

Eulalio, con D.N.I. NUM004 (Zamora)

Arcadio, con D.N.I. NUM005 (Burgos)

Braulio, con D.N.I. NUM006 (Burgos)

Celso, con D.N.I. NUM007 (Burgos)

Lo que le notificamos a los efectos legales oportunos, aprovechando la ocasión para saludarles muy atentamente."

DÉCIMO. - En fecha 1/9/2017 HUAWEI subcontrató con EULEN el mantenimiento a primer nivel de la red fibra óptica en las regiones de España, propiedad de Vodafone ONO SAU.

Se suscribió un contrato para la prestación del servicio referido en Zamora, cuyo apartado 6 se refiere a ingenieros y personal técnico, que recoge que el proveedor designará ingenieros y personal técnico competente para la prestación de los servicios descritos, sin especificación de subrogación. Otro contrato se suscribió para



cubrir la provincia de Burgos, y otro para cubrir la geografía española en la región 6 incluyendo Galicia, Asturias, León, Salamanca, Ávila, Segovia y Valladolid. EULEN realiza la prestación del servicio con los elementos de Vodafone, y le han sido puestos a disposición la red de mantenimiento y los elementos necesarios por parte de HUAWEI. UNDÉCIMO. - Se intentó la conciliación previa en fecha 30/11/2017 con el resultado de intentada sin efecto respecto de HUAWEY TECNOLOGIES ESPAÑA S.L. y VODAFONE ESPAÑA, y sin avenencia respecto de ZENER ALTECABLE S.L. y EULEN S.A."

TERCERO.- Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha sentencia por Eulalio y EULEN, S.A. fue impugnado por EULEN, S.A., Eulalio, HUAWEY TECNOLOGIES ESPAÑA, S.L. y ZENER ALTECABLE, S.L. Elevados los autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Eulalio presentó demanda por despido contra Zener Altecable S.L., Eulen S.A., Huawei Technologies España S.L. y Vodafone Ono S.A.U., solicitando la declaración de nulidad o subsidiariamente improcedencia de su despido y pidiendo en todo caso la condena solidaria de todos los demandados a las consecuencias legales de tales declaraciones.

La sentencia de instancia estima la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por Vodafone Ono SAU y desestima la pretensión principal de nulidad ejercitada en la demanda, pero estima la pretensión subsidiaria y declara la improcedencia del despido, condenando a Eulen S.A. que en el plazo de cinco días opte por la readmisión del trabajador en el mismo puesto y condiciones de trabajo que regían antes del día 31/10/2017, con abono en ese caso de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia o hasta que el actor hubiera encontrado otro empleo si dicha colocación es anterior a la sentencia y se probase por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación, o por la extinción de la relación contractual, en cuyo caso deberá abonarle la suma de 41582,88 euros en concepto de indemnización, debiendo comunicar al Juzgado en el plazo indicado la opción ejercitada.

Contra dicha sentencia recurre la empresa Eulen S.A. reclamando su absolución, en base a entender que no es sucesora de las otras empresas demandadas y que ninguna relación tiene con la relación laboral del actor. También recurre el trabajador, sosteniendo que debían ser condenadas solidariamente todas las empresas demandadas.

Por motivos de orden lógico debemos analizar en primer lugar los motivos de revisión de hechos probados para, una vez fijados los mismos, analizar los motivos de fondo jurídico, comenzando por los planteados en el recurso de Eulen S.A. donde se cuestiona la sucesión, puesto que el que tal declaración se mantenga o no es determinante de la misma posibilidad de analizar el motivo de recurso del trabajador.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso de Eulen S.A. se ampara en la letra b del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y tiene por objeto revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia. Se pretende modificar el ordinal décimo de los hechos probados de la sentencia de instancia, que dice:

"En fecha 1/9/2017 HUAWEI subcontrató con EULEN el mantenimiento a primer nivel de la red fibra óptica en las regiones de España, propiedad de Vodafone ONO SAU. Se suscribió un contrato para la prestación del servicio referido en Zamora, cuyo apartado 6 se refiere a ingenieros y personal técnico, que recoge que el proveedor designará ingenieros y personal técnico competente para la prestación de los servicios descritos, sin especificación de subrogación. Otro contrato se suscribió para cubrir la provincia de Burgos, y otro para cubrir la geografía española en la región 6 incluyendo Galicia, Asturias, León, Salamanca, Ávila, Segovia y Valladolid. EULEN realiza la prestación del servicio con los elementos de Vodafone, y le han sido puestos a disposición la red de mantenimiento y los elementos necesarios por parte de HUAWEI."

Se pretende que se añada un inciso al mismo, con lo cual tendría la siguiente redacción:

"En fecha 1/9/2017 HUAWEI subcontrató con EULEN el mantenimiento a primer nivel de la red fibra óptica en las regiones de España, propiedad de Vodafone ONO SAU. Se suscribió un contrato para la prestación del servicio referido en Zamora, cuyo apartado 6 se refiere a ingenieros y personal técnico, que recoge que el proveedor designará ingenieros y personal técnico competente para la prestación de los servicios descritos, sin especificación de subrogación. Otro contrato se suscribió para cubrir la provincia de Burgos, y otro para cubrir la geografía española en la región 6 incluyendo Galicia, Asturias, León, Salamanca, Ávila, Segovia y Valladolid. EULEN realiza la prestación del servicio con los elementos de Vodafone, y le han sido puestos a disposición la red de mantenimiento y los elementos necesarios por parte de HUAWEI. EULEN, S.A., para poder prestar el servicio contratado con HUAWEI T.E., S.L., hubo de adquirir todo el material que se relaciona en el Doc. nº 4 del ramo de prueba apartado por la misma".



El recurrente identifica el documento que invoca mediante referencia a su ramo de prueba, lo que nos lleva al archivo ZIP del expediente electrónico denominado "DSP 568 17 EULEN DOCUMENTAL.ZIP.ZIP". Dentro de dicho archivo, una vez descomprimido, aparece una carpeta denominada "DOCUMENTO Nº 4 ELEMENTOS MATERIALES", dentro de la cual, a su vez, aparecen cinco archivos PDF que corresponden a:

- Una factura de 30 de noviembre de 2017 por 104 euros girada a Eulen S.A. por un luxómetro digital;
- Otra factura de la misma fecha por 1000,31 euros girada a "Eulen Mantenimiento" (sic) por diversos materiales (llaves, tenazas, taladros, etc.);
- Un albarán de pedido de fecha 19 de octubre de 2017 por Eulen S.A. a otra empresa de un ordenador portátil por importe de 525,68 euros;
- Otro albarán de pedido de fecha 20 de noviembre de 2017 por Eulen S.A. a otra tercera empresa para alquilar un turismo pequeño y una baca de furgón pequeño por importe de 146,89 euros;
- Otra factura de 19 de octubre de 2017 girada a Eulen S.A. por importe de 1.015,70 euros de distinto material de ferretería (llaves, taladro, alicates, etc.).

De los indicados documentos nada se desprende respecto de la adscripción de todos estos materiales y pedidos a la ejecución de la subcontrata que aquí nos ocupa, por lo que la modificación es rechazada. Es cierto que en el proceso de instancia y en su ámbito propio de competencias soberanas para la valoración de la prueba la Magistrada de instancia pudo, a partir de dichos documentos, entender que tales materiales se iban a adscribir a la ejecución de la contrata. En los fundamentos de la sentencia se hace esta valoración:

"Al respecto debemos precisar que ZENER devolvió a Vodafone los equipos propios, y a HUAWEI todos los materiales e instrumentación necesarios para el ejercicio de la actividad (elementos de trabajo), y así se desprende del interrogatorio del legal representante de Vodafone y de la documental aportada por ZENER, actividad de la que se desvincula a resultas de la pérdida de la contrata. Por otra parte, EULEN, y así se desprende de la declaración de su legal representante, con remisión al contenido del contrato suscrito con HUAWEI, realiza la prestación del servicio con los elementos de Vodafone, y le han sido puestos a disposición la red de mantenimiento y los elementos necesarios, coincidiendo con la versión ofrecida por el legal representante de HUAWEI, que ha manifestado que los equipos de trabajo fueron entregados por ZENER a VODAFONE, y luego a HUAWEI, y éste a su vez, al subcontratar con EULEN, lo pone a su disposición para el desempeño de la actividad. EULEN ha manifestado que ZENER no le entregó ningún material y que necesitó la adquisición de bienes propios, aportando al efecto como documento número 4, diversas facturas que relacionan la adquisición de varios elementos, entre otros, un luxómetro digital, llaves, tijeras de electricista, destornilladores, pilas, taladros, cutter, etc, un Toshiba y alquiler de una baca furgón pequeño y de un turismo. Ello resulta acorde, no obstante, con la previsión contenida en el contrato, cuyo apartado 2.3 del Anexo I (Requisitos técnicos y de ingeniería), se hace constar que el socio (EULEN) deberá comprar y proporcionar los pequeños materiales y consumibles. Más allá de tales elementos, no consta que Eulen haya necesitado la adquisición de equipos ni instrumentos de trabajo, de manera que para la realización de la actividad trabaja con los equipos de Vodafone y Huawei, puestos, como se ha dicho, a su disposición".

Por consiguiente la Magistrada está asumiendo este hecho, si bien no lo incorporó en la redacción de los hechos probados. La modificación en puridad es innecesaria, dado que el hecho es asumido, pero por razones de sistemática procesal de la sentencia ningún inconveniente debe haber a su inserción dentro de los hechos probados, como debiera haberse situado.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso de Eulen S.A. se ampara en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y denuncia la vulneración del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, con cita de diversa doctrina jurisprudencial.

Alega Eulen S.A. que no estaba vinculada por lo pactado en su momento entre Ono y Zener Altecable, esto es, que la calificación del objeto de la transmisión como unidad productiva autónoma en un cambio de subcontratista anterior no podría entenderse que vinculase a Eulen S.A., puesto que no fue parte en aquel acuerdo. En el supuesto de hecho ante el que nos encontramos vemos que en el contrato que se suscribió el 1 de mayo de 2013 entre Cableuropa S.A.U. (Ono) y Altecable Instalaciones S.L. se consideró que se producía una cesión de una organización productiva de la primera con todos sus medios materiales y humanos, por lo que se producía la sucesión empresarial con subrogación de todos los trabajadores adscritos a la misma (ordinal tercero de los hechos probados). Lo que se produce en el año 2017 es la cesión de ese mismo contrato a Huawei (ordinal cuarto de los hechos probados), que asume la posición contractual de Cableuropa S.A.U. (ahora Vodafone Ono). Dice Eulen S.A. que se trató entonces de una mera cesión de contrato y no de una unidad productiva autónoma, pero lo relevante en este caso es que la cesión implicaba todo el haz de derechos y obligaciones del contrato previo, incluido todo lo pactado respecto a la obligada subrogación



laboral. Así resulta cuando se pacta expresamente que cuando la cesión se produzca Huawei "se subrogará en la posición de Vodafone Ono, y adquirirá en bloque y por sucesión universal la totalidad de los derechos y obligaciones derivados del referido Acuerdo". En dicho bloque de derechos y obligaciones ha de entenderse todo el contenido del contrato, también lo relativo a la subrogación laboral. Ahora bien, tiene razón Eulen S.A. cuando dice que posteriormente, al finalizar el contrato entre Huawei y Zener, el hecho de la nueva subcontratación realizada con Eulen S.A. relativa exclusivamente a la provincia de Zamora no implica que Eulen S.A. asumiera las obligaciones del contrato anterior que tenía Zener, puesto que para ello era necesario que así se pactase. Al tratarse de un contrato nuevo no pueden aplicarse al mismo sin más las cláusulas de un contrato anterior y distinto. Ello excluye que la fuente de la obligación de subrogarse en la relación laboral del actor sea aquel contrato, pero no excluye la posibilidad de que por la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores se haya producido una sucesión de empresas laboral, que es lo que hemos de valorar en este caso, pero siempre partiendo de los hechos declarados probados y no de cualesquiera otros que puedan alegarse en el recurso y que no tengan soporte en los mismos.

Lo que consta probado es:

- a) El objeto del contrato entre Huawei y Eulen es el mismo que el del previo contrato entre Huawei y Zener Altecable, pero limitado al mantenimiento de la red de fibra óptica de la provincia de Zamora (el anterior contrato era para las provincias de Ávila, Burgos, Palencia, Segovia, Soria y Zamora).
- b) Esa actividad de mantenimiento se llevaba a cabo con una determinada plantilla y un determinado material, puesto a disposición de la subcontratista por Ono (después paso a ser titularidad de Huawei). Ese material es el que figura, según el ordinal tercero de los hechos probados, en el documento número 6 de Zener Altecable. Ello nos lleva a buscar el indicado documento en el expediente electrónico, encontrando el archivo "DESPIDO 568 2017 DOC 6.PDF.pdf", que es aquél cuyo contenido se da por probado el listado de material e instrumentos que figura, en relación con la provincia de Zamora, en la página 5 del PDF (en la página 4 figura el recibo por parte de D. Eulalio como responsable de Altecable), esto es un conjunto de ocho elementos técnicos descritos como analizador coaxial/analizador cable coaxial, analizador RF, analizador RF, analizador térmico/termómetro digital, inyector de señal, medidor de energía/tierra, medidores FO, medidor de energía/pinza.
- c) Al cesar Zener Altecable en su contrato con Huawei procedió a devolver el material que consta en el documento 10 de la prueba de Zener (ordinal octavo de los hechos probados), lo que nos lleva al archivo digital PDF "DESPIDO 568 2017 DOC 10.PDF.pdf". En dicho archivo figuran 52 páginas con listados de material y equipos devueltos por Zener a Huawei, correspondientes al conjunto de las provincias del contrato entre ambas empresas (Ávila, Burgos, Palencia, Segovia, Soria y Zamora).
- d) Eulen S.A. obtuvo los contratos de Huawei para la prestación de servicios en estas provincias, pero dividiendo geográficamente el contrato de forma diferente, puesto que hizo un contrato separado para Zamora, otro para Burgos y otro para todo el resto de la geografía española donde está desplegada la red de cable objeto de mantenimiento, que incluye Galicia, Asturias, León, Salamanca, Ávila, Segovia y Valladolid (ordinal décimo).
- e) Eulen S.A. recibió todos los elementos necesarios para el mantenimiento por parte de Huawei y Vodafone, con excepción de los que figuran en los documentos que se han incorporado a la relación de hechos probados y anteriormente se han mencionado, que fueron elementos nuevos puestos a disposición por Eulen S.A. para el cumplimiento de la contrata.
- f) Eulen S.A. se hizo cargo de los trabajadores de Zener Altecable en Ávila, Segovia y Palencia (un trabajador por provincia), por aplicación de las cláusulas de subrogación de los convenios colectivos provinciales aplicables, pero no de los de Burgos y Zamora (un trabajador en Zamora y tres en Burgos), por no obligar a la subrogación el convenio colectivo provincial.

A la vista de lo anterior hemos de considerar:

- a) No obsta a la sucesión de empresas el que no haya una transmisión directa de la unidad productiva del contratista anterior al nuevo, puesto que la transmisión a estos efectos es un mero elemento fáctico resultante de que la unidad productiva que tenía a su disposición una empresa pase a estar a disposición de otra empresa, aunque los elementos que la constituyen provengan total o parcialmente de la empresa principal (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de noviembre de 2003, C-340/01, Carlito Abler y de 9 de septiembre de 2015, C-160/14, Ferreira da Silva), incluso si pasan a disposición de la empresa principal para que sea ésta la que vaya a realizar la actividad en lo sucesivo (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de noviembre de 2015, C-509/14, ADIF vs Aira Pascual).
- b) Para determinar si existe o no sucesión de empresas es preciso hacer un juicio de valor considerando todos los elementos en su conjunto (actividad de la empresa, plantilla, medios materiales, imagen externa...) a efectos de decidir si se mantiene o no la identidad de la unidad productiva como conjunto organizado



de medios. Para que la Directiva 2001/23 sea aplicable la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio. Para determinar si concurre efectivamente este requisito, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Estos elementos son tan sólo aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y, por tanto, no pueden apreciarse aisladamente (jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por ejemplo en las sentencias antes indicadas).

c) La valoración ha de hacerse en el momento de la transmisión, independientemente de que la empresa adquirente pueda reestructurar posteriormente la organización productiva recibida y separar sus elementos constitutivos. Esto es importante en este caso porque la división del contrato no obsta a la valoración de la transmisión, dado que la suma del contrato anterior de Zener pasa a Eulen S.A., aunque sea dividida en diversos contratos y parte del mismo se integre tras la transmisión en otra organización más extensa.

d) La valoración de la transmisión a efectos sucesorios es independiente de que la totalidad o parte de la plantilla o cualesquiera elementos productivos sean asumidos por la empresa entrante de forma voluntaria o, por el contrario, lo haga obligada por normas vigentes, convenios colectivos o contratos (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2018, C-60/17, Somoza Hermo vs Ilunión). Lo que significa que la valoración de la asunción de una parte de la plantilla en este caso (los trabajadores de Zener Altecable en Ávila, Segovia y Palencia, un trabajador por provincia) es independiente de que la misma haya sido asumida por obligación impuesta por los convenios colectivos provinciales.

En este caso la discusión gira sobre el segundo punto, esto es, sobre el mantenimiento de la identidad de la unidad productiva, a lo que esta Sala va a contestar afirmativamente tomando en consideración estos elementos:

a) La identidad de la actividad llevada a cabo, consistente en el mantenimiento de la red de cable de Huawei para el transporte de datos de Vodafone Ono;

b) La asunción de los trabajadores en tres de las cinco provincias del contrato, siendo tres de siete.

c) Y, esencialmente, la puesta a disposición de los medios materiales para la prestación de la actividad en volumen muy importante, antes puestos a disposición por la empresa principal de Zener Altecable, frente a los cuales los materiales y servicios adquiridos por Eulen S.A., cuyo importe total es de 2.792,58 euros, aparece con una importancia marginal, sin que la falta de hechos probados acredite que tales medios aportados sean de una especificidad y relevancia que los convierta en centrales en la identificación de la unidad productiva o que sean de importe parangonable al de los medios puestos a disposición por Huawei, cuya valoración no consta.

Por consiguiente el recurso de Eulen S.A. es desestimado.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, procede imponer las costas del recurso a la parte vencida, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado o graduado social de la parte contraria que actuó en el recurso, los cuales se fijan a estos efectos en 500 euros. Igualmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, debe decretarse la pérdida del depósito constituido para recurrir conforme al artículo 229 de la misma Ley y disponerse la pérdida de las consignaciones y el mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubiesen prestado conforme al artículo 230 de la misma Ley, hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, si procediese, la realización de los mismos.

QUINTO.- El único motivo del recurso del trabajador se ampara en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y denuncia la vulneración de los artículos 44 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, 3.1 de la Directiva 2001/23/CE, 108 y 110 de la Ley de la Jurisdicción Social y 24 de la Constitución. Dejando aparte la alegación del artículo 24 de la Constitución, que es meramente retórica e insustancial, lo que está en cuestión es el alcance de la solidaridad derivada de la sucesión de empresas en el caso de que se estime la existencia de sucesión y se declare un despido improcedente. El criterio de esta Sala, por ejemplo en sentencia de 11 de febrero de 2015 (suplicación 57/2015), es que la obligación de readmisión solamente puede exigirse a quien actualmente es titular de la organización productiva, esto es, a la nueva empresa que ha asumido la contrata,



por lo que en dicha obligación de transmisión no puede predicarse la solidaridad y la condena solamente debe afectar a la misma. Por lo que respecta a la solidaridad en cuanto a la condena al abono de indemnización en caso de opción por la misma o de los salarios de tramitación en caso de opción por la readmisión, deben distinguirse dos supuestos a juicio de esta Sala:

a) Aquellos casos en los que la empresa transmitente es la que, antes de que se produzca la sucesión, adopta la decisión de despido, que posteriormente es declarado improcedente, tanto si la improcedencia se declara por razón de que la sucesión desacredita la virtualidad de la causa de despido invocada, como si la causa nada tiene que ver con la sucesión, pero la unidad productiva es transmitida tras el despido. En tales casos, como es el resuelto en nuestra sentencia de 11 de febrero de 2015 (suplicación 57/2015), la empresa que adoptó la decisión de despido debe responder de la misma, pero su responsabilidad se transmite por razón de la sucesión conforme al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y por ello la responsabilidad respecto de las eventuales deudas económicas que surjan alcanza a transmitente y adquirente solidariamente;

b) Aquellos otros casos en los que el despido se produce tras la sucesión y la decisión es adoptada por la empresa adquirente, siendo declarado improcedente, lo que incluye los supuestos en los que la adquirente extingue la relación laboral por el mero hecho de negar la sucesión, que sin embargo es afirmada por la empresa transmitente. Dado que la sucesión produce sus efectos ipso iure por la concurrencia del supuesto fáctico prescrito en la norma, en esos casos el empresario del trabajador cuando se produce el despido ya es la empresa sucesora y ninguna responsabilidad puede imputarse a la transmitente. No hay lugar por tanto para la solidaridad respecto de las consecuencias económicas del despido nulo o improcedente, puesto que las mismas nacen cuando ya solamente es empresario el adquirente de la unidad productiva. Solamente si la sucesión fuera declarada delito el cedente y el cesionario responderían solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión (artículo 44.3 in fine del Estatuto de los Trabajadores).

En este caso estamos en el segundo supuesto, sin que la sucesión sea constitutiva de delito como es obvio, por lo que no cabe extender la responsabilidad solidaria, como se pretende, a la empresa transmitente respecto de deudas que nacen con ocasión de la sucesión y una vez producida la misma.

Por lo demás no se expresa ningún fundamento distinto a la sucesión de empresas para pretender la solidaridad de las demandadas en el objeto de la condena, lo que convierte en inexplicable que se pida la condena solidaria de empresas que no han sido las empleadoras del trabajador en ningún momento, como es el caso de Huawei Technologies España S.L. Y Vodafone Ono S.A.U.

El recurso del trabajador por tanto también es desestimado.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

Por lo expuesto y

EN NOMBRE DEL REY

FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por el letrado D. Manuel Rodríguez Soto en nombre y representación de Eulen S.A. contra la sentencia de 20 de marzo de 2018 del Juzgado de lo Social número dos de Zamora en los autos número 568/2017. Se imponen a la parte recurrente las costas del recurso, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado o graduado social de la parte contraria que actuó en el recurso, los cuales se fijan a estos efectos en 500 euros. Se decreta igualmente la pérdida del depósito constituido para recurrir y la pérdida de las consignaciones y/o el mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubiesen prestado, hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, si procediese, la realización de los mismos. Desestimar igualmente el recurso de suplicación presentado por el letrado D. José Fernández Poyo en nombre y representación de D. Eulalio contra la misma sentencia.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.

Se advierte que contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente cuyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de 600,00 euros



en la cuenta núm 2031 0000 66 1827 18 abierta a nombre de la sección 2ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco de Santander, acreditando el ingreso.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria desde otras entidades o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0049 3569 92 0005001274, código IBAN ES55, y en el campo concepto deberá contener los 16 dígitos que corresponden a la cuenta expediente indicado en el apartado anterior.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de la condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la Entidad Gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Firme que sea esta Sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDO