



Roj: **STSJ EXT 456/2015 - ECLI:ES:TSJEXT:2015:456**

Id Cendoj: **10037340012015100155**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **07/04/2015**

Nº de Recurso: **83/2015**

Nº de Resolución: **170/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JOSE GARCIA RUBIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

SENTENCIA: 00170/2015

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIALCACERES

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax:927 62 02 46

NIG: 10037 34 4 2013 0100448

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: SUPLICACIÓN 83/15

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA Nº 183/15 JDO. DE LO SOCIAL nº 1 de CÁCERES

Recurrente/s: D. Olegario

Abogado/a: D. FRANCISCO JAVIER CEBALLOS FRAILE

Recurrido/s: AVANZIT TELECOM S.L.U

Abogado/a: D. FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ ROMERO

Procurador/a: D. MARIA DE LOS ANGELES BUESO SÁNCHEZ

Recurrido/s: LIYEYCA S.L

Abogado/a: D. ERNESTO HERNÁN GARCÍA

Ilmos. Sres.

D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ

Dª ALICIA CANO MURILLO

D. JOSÉ GARCÍA RUBIO

En CÁCERES, a siete Abril de dos mil quince

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA DE LO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,



**EN NO MBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 170/15

En el RECURSO SUPPLICACIÓN Nº 83/15, interpuesto por el Sr. LETRADO D. FRANCISCO JAVIER CEBALLOS FRAILE en nombre y representación de D. Olegario contra la sentencia número 189/14 dictada por JDO. DE LO SOCIAL Nº 1 de CÁCERES en el procedimiento DEMANDA nº 183/13 seguido a instancia de la recurrente , frente a AVANZIT TELECOM S.L.U parte representada por el SR. LETRADO D. FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ ROMERO, LITEYCA parte representada por el SR. LETRADO D. ERNESTO HERNÁN GARCÍA siendo Magistrado-Ponente el Ilmo Sr. D. JOSÉ GARCÍA RUBIO

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Olegario presentó demanda contra AVANZIT TELECOM S.L.U , LITEYCA S.L , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 189/14 de fecha 30 de Junio de dos mil catorce .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "PRIMERO: El demandante en el presente procedimiento Olegario , venía desempeñando sus servicios para la empresa AVANZIT TELECOM SU en la localidad de Cáceres desde el día 20 de agosto de 1973 realizando las funciones de categoría profesional de capataz celador. Entre julio de 2011 y junio de 2012, ambos incluídos, el actor percibió unas retribuciones de 21. 137, 3 euros. SEGUNDO: Con fecha 6 de julio de 2012 la empresa demandada remite comunicación escrita al trabajador por la cual le participa su despido por las razones y en los términos que constan en ella y que obran en autos, cuyo tenor se tiene aquí por reproducido. TERCERO: Con fecha 2 de abril de 2013 resulta sin avenencia la conciliación respecto de LITEYCA y sin efecto respecto del resto de codemandados. CUARTO: El trabajador no es ni ha sido representante legal de los trabajadores. QUINTO: La empresa AVANZIT TELECOM SLU promovió ERE extintivo el 30 de Mayo de 2012 que afectaba a ciento ochenta contratos y ocho centros de trabajo. El 29 de junio de 2012 se concluye el proceso mediando acuerdo de los intervinientes. Ese mismo día se firma un acuerdo entre el comité intercentros y AVANZIT TELECOM SLU por el que LITEYCA SL si se subroga en diversos trabajadores el cual se tiene aquí por reproducido. En Cáceres, 38 de los 56 trabajadores quedan vinculados con LITEYCA SL, continuando en el desempeño de su trabajo en sus mismas circunstancias anteriores. SEXTO: El día 30 de junio de 2012 TELEFÓNICA resolvió el contrato que tenía concertado con AVANZIT TELECOM SLU y que era el fundamento de su actividad económica."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "DESESTIMANDO la demanda interpuesta por Olegario contra AVANZIT TELECOM SLU, LITEYCA TELECOMUNICACIONES SL, INDICATO COMISIONES OBRERAS, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, COMITÉINTERCENTROS DE LA COMPAÑÍA AVANZIT TELECOMUNICACIÓN SLU, FEDERACIÓN ESTATAL DE LA CONSTRUCCIÓN MADERA Y AFINES FECOMA CCOO, Benjamín , Gabino , Norberto , Luis Andrés , Borja , Humberto , Salvador , Marco Antonio , Diego , Joaquín , Severiano , Eliseo , Leonardo , Jose Manuel , Armando , Francisco y en virtud de lo que antecede, absuelvo a los demandado de los pedimentos que contra él se formulan por entender procedente el despido efectuado, con todos los efectos legales inherentes a este pronunciamiento."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D. Olegario interponiéndolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos a esta Sala, tuvieron entrada en fecha 16 de Febrero de 2015 .

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día para los actos de deliberación, votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- El trabajador demandante interpone recurso de suplicación contra la sentencia que desestima su demanda en la que impugna la extinción de su contrato de trabajo debido al despido colectivo acordado por la empresa demandada y los representantes de los trabajadores, para lo que formula cuarto primeros motivos en los que, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se dedica a revisar los hechos que se declaran probados en la sentencia de instancia.

La primera revisión que intenta el recurrente consiste en que se de una nueva reducción al último punto del hecho probado primero para que lo que conste sea que "...Entre julio de 2011 y junio de 2012, ambos incluidos, el actor ha devengado y percibido unas retribuciones de 24.773,50 euros, la suma de las bases de cotización mensual del trabajador de referido período ascienden a 21.436,58 euros, que con inclusión del plus extrasalarial percibido en dicho período, en cuantía de 1.611,73 euros, ascendería a un total de 23.048,21 euros o 1.920,69 euros al mes. Al actor se le abona por la empresa Avanzit Telecom SLU un preaviso de quince días en cuantía de 1.048,74 euros, siendo el salario regulador diario de 69,92 euros y mensual de 2.097,48 euros", sin que pueda accederse a ello porque, por un lado, en la nueva redacción que se pretende se incluye un concepto, como el de "devengado", que no es fáctico, sino jurídico pues se refiere a lo que trabajador debe percibir por su trabajo, lo cual depende de la aplicación de normas jurídicas, en incluso puede depender de doctrina jurisprudencial, por lo que su planteamiento en el recurso ha de hacerse no por el apartado b), sino por el c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social mediante el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia que se hayan cometido en la sentencia de instancia. Así, nos dicen las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2013, rec. 108/2012 y de 29 de abril de 2014, rec. 242/2013 que "las calificaciones jurídicas no tienen cabida entre los hechos declarados probados, y de constar deben tenerse por no puestas, siendo la fundamentación jurídica su adecuada -y exclusiva- ubicación" y las de 8 de febrero de 2010, rec. 107/2009 y de 11 de noviembre del mismo año, rec. 153/2009 que "Un motivo de este tipo no puede usarse para introducir calificaciones jurídicas predeterminantes del fallo".

Por otro lado, el recurrente se apoya en lo que resulta de nóminas que figuran en los autos y a ellas se remite también el primer fundamento de la sentencia, por lo que no es necesario hacer constar lo que de ellas se desprende si se precisa acudir a ellas para otros motivos del recurso pues, como nos dice la STS de 5 de junio de 2013, rec. 2/2012, si existe en tales hechos constancia suficiente de las especificaciones que se pretenden adicionar, aunque sea por remisión, tal circunstancia permite a la Sala contar con ellas sin necesidad de introducirlas en la narración histórica de la sentencia. Que algunos de los conceptos que se incluyen en esas nóminas hayan de ser tenidos en cuenta o no para el cálculo de las consecuencias de una posible declaración de improcedencia de la extinción, tampoco es cuestión de hecho, sino jurídica que, como también nos dice una de las demandadas en su impugnación, ha de plantearse por otro cauce procesal.

Por lo que se refiere a lo percibido por el preaviso tampoco de él puede deducirse cual sea el salario regulador al que nos referimos, entre otras razones porque no consta cual sea el período que se omitió.

En el segundo motivo, el recurrente pretende añadir que en el quinto hecho probado, al final, a partir de "...quedan vinculados con LITEYCA SL...", lo que conste sea "...causando baja en Avanzit el día 3-07-2012 y alta en Liteyca el 4-07-2012, continuando en el desempeño de su trabajo y en sus mismas circunstancias anteriores, mismo centro de trabajo, medios y equipos empleados", pudiendo accederse a ello porque se desprende de los documentos en que se apoya el recurrente, emitidos por la Tesorería General de la Seguridad Social y por la Inspección de Trabajo en base a lo que resulta de los datos que en la primera de ellas constan al respecto, lo que los hace públicos a tenor del art. 317.6º LEC y hacen prueba de lo que documentan, según el art. 319.

También pretende el recurrente dar nueva redacción al hecho probado sexto de la sentencia para que lo que en él conste que "el día 30 de junio de 2012 TELEFÓNICA resolvió el contrato Bucle de Cliente Gloval que tenía concertado con AVANZIT TELECOM SLU y que era el fundamento de su actividad económica. La nueva adjudicataria de este servicio es LITEYCA SL, mediante contrato firmado con fecha de vigencia desde el día 1-07-2012 al 30-04-2015 y a la que se adjudica las partidas de obra (producción) en la provincia de Cáceres en un porcentaje del 100% y las 166.549 líneas de los clientes de telefónica", pudiendo accederse a ello porque resulta de los documentos en que se apoya, aportados por las partes y no impugnados (art. 326 LEC).

Por último, pretende el recurrente añadir un nuevo hecho probado en el que constaría que "en fecha 24-10-2011 la entidad AVANZIT TELECOM SLU y la entidad LITEYCA SL firmaron un acuerdo de intenciones no vinculantes, que se da por reproducido" y el contenido de unas pretendidas comunicaciones de "Grupo Ezentis SA", de lo cual, puede accederse a la adición de lo primero porque se admite por las empresas recurridas en sus impugnaciones. Pero no puede accederse a lo demás porque se apoya en documentos que, en contra de lo que se alega en el motivo, no son hábiles para la adición pretendida porque son privados y de los que ni siquiera se sabe si han sido emitidos por quien en ellos consta como autor, el tal Grupo, que no ha sido parte en este proceso, sin que tampoco se acredite que han sido recibidos por aquellos a quienes van dirigidos.



SEGUNDO.- Los otros dos motivos del recurso se dedican a examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia de la sentencia recurrida al amparo del art. 193.c) LRJS, denunciando en el primero de ellos la de los arts. 44 , 51 , 53 y 56 del Estatuto de los Trabajadores y 122 y 123 de la citada ley procesal, alegando el recurrente que entre las dos demandadas se ha producido una sucesión de empresas al continuar una de ellas con la actividad de la otra, empleando los mismos medios que ella y asumiendo la mayor parte de la plantilla, por lo que también el demandante debió ser empleado por la continuadora, que tiene el mismo objeto social y actividad económica, citando en su apoyo una sentencia del Tribunal Supremo y otra de un Tribunal Superior de Justicia.

Sobre las condiciones que deben darse para que se produzca la sucesión de empresa prevista en el art. 44 ET , nos dice la STS de 5 de junio de 2013, rec. 988/2012 : [En este sentido la doctrina de esta Sala ha precisado que la sucesión de empresa requiere "la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales... que permite la continuidad de la actividad empresarial" (sentencia de 27 de octubre de 1.986) y considera que, por ello, no puede apreciarse la sucesión cuando lo que se transmite "no es la empresa en su totalidad ni un conjunto organizativo, sino unos elementos patrimoniales aislados" (sentencia de 4 de junio de 1.987). Por otra parte, para que opere la garantía que establece el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores es necesario, salvo supuestos de fraude acreditado, que los contratos de trabajo continúen en vigor y no se hayan extinguido válidamente (sentencias de 11 de mayo de 1.987 , 24 de julio de 1.995 y 20 de enero de 1.997)"].

Por su parte, la Sentencia del TJUE de fecha 20-01-2011 Asunto C 463/09, interpretando la Directiva 2001/23/CE , sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, nos dice que "el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable".

En el mismo sentido, la STS 28 de abril de 2009, rec. 4.617/2007 señala que "en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continua con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario. Por contra, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión de empresa si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad", doctrina que también se mantiene en la STS que se cita en el motivo, la de 27 de febrero de 2012, rec. 202/2010 .

En este caso, ha de llegarse a la conclusión de que también se ha producido la sucesión de empresas legalmente prevista porque se dan todas las condiciones para ello, no solo la transmisión de los elementos necesarios para la prestación del servicio de que se trata, sea quien sea el propietario de ellos pues lo que importa es que antes los utilizaba una, en virtud de uno u otro título, y después otra, la sucesora, que ha seguido prestándolo en las mismas condiciones, sino también, si es que se trata de un servicio que descansa fundamentalmente en la mano de obra, no siendo, por tanto, decisivos los elementos materiales, se ha producido la asunción por parte de la nueva empresa de la mayor parte de la plantilla que en la anterior estaba dedicada a la prestación del servicio.

Como se alega en el motivo, en el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia del TSJ de Madrid de 26 de mayo de 2014 , que se apoya en la del TSJ de Asturias de 7 de marzo de 2014 en la que se concluye que "Por todas las vías se llega a la conclusión de que los trabajadores de Avanzit en Asturias no podían haber sido cesados, ya que, en virtud de ese pacto de 29-6- 2012, asumido en su totalidad por Liteyca tenían que haber sido incorporados a la misma, resultando por ello inexistente la causa de extinción del contrato comunicado al actor, lo que convierte la decisión empresarial en un despido", pudiendo añadirse que también se resolvió en la misma forma por el TSJ de Asturias en las sentencias de 28 de febrero de 2014 y 21 de marzo de 2014 para trabajadores en la misma situación que el aquí demandante.

Puede reseñarse, sin embargo, que, también para un supuesto igual al presente se resuelve en sentido contrario en la sentencia del TSJ de Cataluña de 1 de abril de 2014 , basándose en que el volumen de la contrata de la



que se hizo cargo la nueva empresa era menor que la que tenía la empresa saliente, por lo que es evidente que la nueva adjudicataria no tenía necesidad de contratar a toda la plantilla que prestaba servicios en la contrata anterior y, solo se hizo cargo de una parte de ella, tal y como se acordó entre los representantes de los trabajadores y la empresa subrogada, por lo que, a pesar de que ha habido sucesión de empresas para los trabajadores de la empresa subrogada, no ha existido tal para aquel personal que no fue traspasado a la nueva contratista, como era el caso del actor, por lo que no habiendo trabajado nunca para la mercantil codemandada no puede existir ningún tipo de despido, pero aquí no puede seguirse ese mismo criterio porque, como se ha dicho antes, el acuerdo entre las demandadas se produjo el 29 de junio de 2012 y la asunción de trabajadores por parte de la nueva empresa el 4 de julio, por lo que es en esa fecha cuando tuvo que asumir también al demandante y a los demás trabajadores y, si no necesitaba a todos, lo cual, por otra parte, no consta, ser ella la que llevara a cabo despidos por causas productivas si es que no los necesitaba a todos.

Por todo lo expuesto, como se razona en las antes citadas sentencias del TSJ de Asturias, se llega a la conclusión de que los trabajadores de Avanzit no podían haber sido cesados, ya que, en virtud de ese pacto de 29-6-2012, asumido en su totalidad por Liteyca, tenían que haber sido incorporados a la misma, resultando por ello inexistente la causa de extinción del contrato comunicado al actor, lo que convierte la decisión empresarial en un despido, que debe ser calificado, según remisión del art. 124.11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social a los artículos 122 y 123 de la misma y el art. 55.4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, con los efectos del 56 de dicho Cuerpo Legal, procediendo, en consecuencia, estimando el recurso interpuesto contra ella, revocar la sentencia en la que se entendió lo contrario, sin necesidad de examinar el último motivo del recurso en el que se alega otra causa de improcedencia del despido.

Debe añadirse, no obstante, que la estimación del recurso y la revocación de la sentencia han de ser parciales porque, por un lado, la absolución de los demás demandados ha de ser mantenida, ya que no hay responsabilidad ninguna para ellas en el despido del demandante, y, por otro, porque para el cálculo de las consecuencias de la improcedencia del despido ha de partirse del salario que se hace constar en los hechos probados de la sentencia recurrida puesto que ni prosperó la revisión que se intentó al respecto ni se alega ninguna infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia en virtud de las cuales los conceptos que figuran en las nóminas como no salariales deban ser considerados salario a estos efectos. También cabe añadir que, como el demandante ya percibió una indemnización por la extinción de su contrato, sin perjuicio de las relaciones entre las dos empresas implicadas en la sucesión, de la que le corresponde por la improcedencia del despido ha de descontarse esa ya percibida.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Con estimación parcial del recurso de suplicación interpuesto por D. Olegario contra la sentencia dictada el 30 de junio de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cáceres en autos seguidos a instancia del recurrente frente a LITEYCA TELECOMUNICACIONES SL y otros, revocamos en parte la sentencia recurrida para declarar improcedente el despido del demandante efectuado por la citada demandada, a la que condenamos a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre readmitir al demandante en su puesto de trabajo, con abono de los salarios que dejó de percibir desde su despido el 6 de julio de 2012, a razón de 57,9 euros diarios, de los que puede descontar, día a día, los que haya percibido en otro empleo posterior, o abonarle una indemnización de 73.981 euros, de la que podrá deducirse la que el demandante ha percibido.

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

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en SANTANDER Nº 1131 0000 66 0 08315., debiendo indicar en el campo concepto, la palabra "recurso", seguida del código "35 Social-Casación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio "recurso 35 Social-Casación". La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo



caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

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

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

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

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

PUBLICACIÓN

En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ