

Roj: STSJ CV 7579/2011
Id Cendoj: 46250340012011102475
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Valencia
Sección: 1
Nº de Recurso: 1991/2011
Nº de Resolución: 2706/2011
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: ANTONIO VICENTE COTS DIAZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Rec C/ Sentencia nº **1991/2011**

Recurso contra Sentencia núm. 1991/2011

Ilmo. Sr. D. Antonio Vicente Cots Diaz

Presidente

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Lluch Corell

Ilma. Sra. D^a María del Carmen López Carbonell

En Valencia, a veintisiete de septiembre de dos mil once

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados citados al margen, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA Nº 2706/2011

En el Recurso de Suplicación núm. 1991/2011, interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de diciembre de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Elx , en los autos núm. 381/2010, seguidos sobre despido nulo, a instancia de D. Justino , asistido por el Letrado D. José Manuel Martínez Rastoll, contra SANTA POLA COMUNICACIONES S.L., asistida por el Letrado D. José Vicente Seva, THADER TELECOMUNICACIONES S.L., asistido por la Letrada D^a Esther García Bailen y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, y en los que es recurrente el demandado (Thader Telecomunicaciones S.L), habiendo actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. Antonio Vicente Cots Díaz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida de fecha 7 de diciembre de 2010 , dice en su parte dispositiva: "FALLO: "Que estimando la demanda formulada por Justino , contra las mercantiles SANTA POLA TELECOMUNICACIONES, S.L., y THADER TELECOMUNICACIONES, S.L., acuerdo lo siguiente: 1. Declaro la existencia de sucesión empresarial de la mercantil Santa Pola Telecomunicaciones, S.L. a la empresa Thader Telecomunicaciones, S.L., debiendo subrogarse la nueva mercantil en los derechos y obligaciones laborales de la anterior. 2. Declaro la nulidad del despido del actor por defectos de forma de 15.02.10 acordado por la mercantil SANTA POLA TELECOMUNICACIONES, S.L., condenando solidariamente a las empresas demandadas a estar y pasar por dicha declaración y a que readmitan al trabajador en su anterior puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes del despido, con abono de los salarios devengados desde la fecha del cese hasta la de la efectiva readmisión a razón de 41,02 euros diarios, de los que serán deducibles las prestaciones por desempleo u otros ingresos por servicios laborales que haya podido percibir el demandante en el periodo concurrente con los salarios de tramitación para su reintegro al SPEE o a la parte demandada, respectivamente. 3. Igualmente condeno al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL como responsable subsidiario, y hasta los límites legales de su cargo, al pago de los salarios de tramitación correspondientes. 4. Una vez firme esta sentencia, comuníquese al Servio Público de Empleo Estatal a los efectos oportunos".

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "PRIMERO. Sobre las circunstancias laborales del trabajador: I. El actor ha venido prestando sus servicios a tiempo completo y de forma ininterrumpida desde el 13 de septiembre de 2005 en la actividad ordinaria y permanente de la empresa codemandada SANTA POLA TELECOMUNICACIONES, S.L., dedicada a la venta

al por menor de aparatos de telefonía y contratación de líneas telefónicas, con la categoría profesional de encargado y percibiendo un salario mensual bruto de 1.247,57 euros (41,02 €/día) con prorrateo de pagas extras incluido, siendo de aplicación el convenio colectivo de la provincia de Alicante de Comercio del Metal.

II. El actor no ha ostentado durante el año anterior al despido la condición de representante legal de los trabajadores de ninguna de las empresas demandadas. SEGUNDO. Sobre la empresa empleadora: I. La empresa SANTA POLA TELECOMUNICACIONES, s.l. fue constituida en virtud de escritura pública notarial de 15.12.00 por los socios Rosario y Abel, ostentando este último el cargo de administrador único inicialmente y pasando, tras su cese, a ser la administradora única la Sra. Rosario. II. En fecha 6.05.08 Don. Abel y Rosario alcanzaron el siguiente acuerdo: Abel cedió y transmitió el 9% de sus participaciones sociales de la mercantil Santa Pola Telecomunicaciones, s.l. a Justino y el 61% restante de sus participaciones sociales a Rosario, cesando en el cargo de administrador único y causando baja laboral en el empleo que tenía en dicha empresa. III. En virtud de contrato privado de venta de acciones suscrito el 14.05.08 entre Justino y Rosario (poseedora en ese momento del 91% del total de acciones de la mercantil Santa Pola Telecomunicaciones, s.l.), ésta vendió al actor el 30% de sus acciones en la sociedad. TERCERO. De los hechos relativos al cese: I. En fecha 16 de febrero de 2010 la demandada SANTA POLA TELECOMUNICACIONES, S.L. entregó al actor la carta, fechada de 15.01.10, que obra en autos y cuyo texto se da íntegramente por reproducido, en virtud de la cual le comunicaba su despido con fecha de efectos del día 15 de enero anterior por causas económicas, en concreto "debido a la fuerte desaceleración económica ... que ha ocasionado una disminución progresiva en las ventas que vienen registrándose desde hace un año y medio ...", indicando no poder poner a su disposición la indemnización correspondiente de 20 días de salario por año de servicio hasta un máximo de 12 mensualidades, sin especificar el importe, por falta de liquidez. La carta de despido refiere una categoría profesional de "dependienta" y una antigüedad de diciembre de 2006. II. La empresa SANTA POLA TELECOMUNICACIONES, s.l. no ha entregado al trabajador cantidad alguna en concepto de indemnización por el despido objetivo acordado ni por incumplimiento del plazo de preaviso, ni ha procedido a su consignación ante los Juzgados de lo Social. III. La empresa SANTA POLA TELECOMUNICACIONES, s.l. cursó la baja del actor en Seguridad Social en fecha 15.02.10. IV. En esa misma fecha de 16.02.10 la demandada Santa Pola Telecomunicaciones, s.l. procedió al despido de las otras dos empleadas de la empresa Emilia y Maribel con idéntica carta de despido a la del actor. Estas trabajadoras presentaron papeleta de conciliación previa ante el SMAC conjuntamente con el actor y frente a ambas mercantiles codemandadas en el presente procedimiento. En el acto de conciliación (el 30.03.10) la mercantil empleadora Santa Pola Telecomunicaciones reconoció la improcedencia de los despidos de las dos empleadas y alcanzaron sendos acuerdos indemnizatorios, desistiendo las trabajadoras de la acción instada frente a Thader Telecomunicaciones, s.l. Con el actor no se alcanzó ningún acuerdo. CUARTO. De la relación entre las codemandadas: I. En fecha 1.03.10 la empresa SANTA POLA TELECOMUNICACIONES, S.L. traspasó su negocio de punto de venta de telefonía Movistar y Telefónica de España ubicado en Santa Pola (calle Elche nº 8, bajo), así como el inmovilizado existente en el inmueble a la empresa THADER TELECOMUNICACIONES, S.L., en virtud de un contrato de cesión de negocio suscrito entre los administradores de sendas empresas, en cuya *cláusula tercera* se estipula que "la presente cesión no implica sucesión de empresa por lo que el adquirente en ningún momento estará subrogado a posibles contingencias tanto de ámbito laboral, así como a deudas contraídas con acreedores, proveedores u organismos oficiales". II. En el momento del traspaso la empresa SANTA POLA TELECOMUNICACIONES, S.L. no tenía trabajadores en alta en Seguridad Social. III. El actor no ha prestado servicios laborales retribuidos para THADER TELECOMUNICACIONES, S.L. QUINTO. De la situación laboral del actor tras el despido: El actor es socio de una mercantil denominada Raymar. No consta el vínculo laboral con esta empresa. SEXTO. Sobre las formalidades del proceso: En fecha 30 de marzo de 2010 tuvo lugar el oportuno acto de conciliación en virtud de solicitud promovida en fecha 12 de marzo de 2010, con el resultado de sin avenencia".

TERCERO.- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada (Thader Telecomunicaciones SL), habiendo sido impugnado por la parte demandante. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la demanda declaró la existencia de sucesión empresarial de la mercantil Santa Pola Telecomunicaciones S.L., a la empresa Thader Telecomunicaciones S.L., y declaró la nulidad del despido del actor por defectos de forma y condenó solidariamente a ambas empresas demandadas a las consecuencias legales, interpone recurso de suplicación la empresa demandada Thader Telecomunicaciones S.L., siendo impugnado el recurso por la parte actora y en el primer motivo del recurso se postula con amparo procesal en el *artículo 191, b) de la Ley de Procedimiento Laboral*, la modificación de los hechos declarados probados y en concreto interesa respecto del hecho probado primero que donde se dice que su categoría profesional es la de encargado se diga que es la de Director de empresa o de Gerente, pero la revisión fáctica no puede alcanzar éxito ya que se basa en un

documento obrante al folio 102 de los autos (documento nº 5 de la empresa recurrente) que no presenta firma ni sello que identifique su autoría y por lo tanto no se le puede atribuir fuerza revisoria. Sin que la revisión pueda ampararse en las valoraciones particulares que efectúa la parte recurrente de algún documento o del acta del juicio.

SEGUNDO.- Respecto del derecho alega la parte recurrente que en la sentencia de instancia se ha producido una infracción del *artículo 1.2 y siguientes del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto* por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección, añadiendo que en la relación fáctica se debería adicionar "QUE EL TRABAJADOR, a pesar de ser RELACION LABORAL, esta dentro del colectivo denominado ALTO DIRECTIVO, regulado en el RD 1382/1985", y dándose la notas definitorias del mismo las consecuencias de considerarlo así, serían muy diferentes tanto en lo referente a la indemnización como a los salarios de tramitación, y no es aplicable el *art. 56 del E.T.* y sí el *artículo 12 del RD* señalado, por lo que no procedía la condena al abono de los salarios de tramitación.

El motivo no puede alcanzar éxito ya que, con independencia de que en este motivo se entremezclan pretensiones fácticas con valoraciones jurídicas, en una técnica procesal inadecuada, la revisión fáctica interesada no encuentra respaldo en prueba documental o pericial alguna como exige el *art. 191 b) de la LPL*.

La sentencia de instancia atendiendo a los hechos declarados probados ha establecido que si bien el actor ostenta la titularidad del 39 % de las participaciones sociales en la empresa Santa Pola Comunicaciones SL, no ha sido administrador societario, ni ha ejercido el control de la citada mercantil, teniendo la capacidad de decisión la socia mayoritaria y administradora única de la misma la Sra. Rosario, habiéndose limitado el actor a dirigir la actividad diaria de la tienda como encargado de la misma, categoría profesional para la que fue contratado, teniendo libertad para el desempeño de sus labores pero sometido en última instancia a la dirección y supervisión de la dirección empresarial. Sin que consten acreditados los caracteres que permiten configurar la relación como incardinada en el RD 1382/1985. Fue la administradora la que despidió al actor y a otros trabajadores y quien negoció y firmó el traspaso del negocio a la codemandada Thader Telecomunicaciones SL, sin intervenir ni tener en cuenta la opinión del actor. En definitiva no concurren en el presente supuesto extremos que permitan desvirtuar la calificación de relación laboral común y ordinaria del actor respecto de la empresa demandada, sin que la mayor o menor libertad que le habían dado para el desempeño de su cargo modifique esta calificación, ya que no tenía funciones de dirección y administrador empresarial, existiendo una administradora única de la mercantil.

TERCERO.- Se denuncia infracción del *artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores* en lo relativo a la sucesión de empresas, por cuanto no se dan los requisitos exigidos por el *art. 44 del E.T.* ya que nueva empresa no abarca todos y cada uno de los elementos significativos que constituyeron en su día el activo material e inmaterial de la mercantil Santa Pola Telecomunicaciones SL, sino que solo adquirió un activo y que a la fecha de la transmisión no había trabajadores en la empresa antecesora.

Los inalterados hechos declarados probados de la sentencia de instancia ponen de manifiesto que en fecha 1-3-2010 la empresa Santa Pola Telecomunicaciones SL traspasó su negocio de punto de venta de telefonía Movistar y Telefónica de España ubicado en Santa Pola (calle Elche nº 8, bajo), así como el inmovilizado existente en el inmueble a la empresa Thader Telecomunicaciones SL, en virtud de un contrato de cesión de negocio suscrito entre los administradores de sendas empresas, en cuya *cláusula tercera* se estipula que "la presente cesión no implica sucesión de empresa por lo que el adquirente en ningún momento estará subrogado a posibles contingencias tanto de ámbito laboral, así como a deudas contraídas con acreedores, proveedores u organismos oficiales". Pero a pesar de esta cláusula, en función de la resultancia fáctica contenida en la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada se desprende que la nueva empresa se dedica a la misma actividad que la anterior, venta de terminales de telefonía a particulares a nivel residencial y también a PYMES, sirviéndose del mismo inmovilizado, maquinaria y medios materiales existentes en el inmueble adquirido por la nueva entidad, ofreciendo los mismos servicios y productos y para la misma compañía telefónica que la anterior empresa, siendo el único cambio el del cartel que ahora indica el nombre de la nueva empresa. Y siendo así que el traspaso efectuado entre ambas empresas es suficiente para permitir a la nueva empleadora continuar el desarrollo de la actividad de la anterior con los mismos medios materiales con los que aquella se servía, resulta que se dan los presupuestos necesarios para considerar que se ha producido una sucesión empresarial con arreglo a lo dispuesto en el *artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores*, con subrogación de la nueva empresa en los derechos y obligaciones laborales de la anterior, y ello con independencia de lo que entre ambas empresas se haya convenido contractualmente, porque los hechos determinan la realidad de la naturaleza de la relación existente entre las partes. Razones que llevan desestimar el recurso y a confirmar la sentencia de instancia.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. Justino . contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Elx de fecha 7 de diciembre de 2010 en virtud de demanda formulada contra SANTA POLA COMUNICACIONES SL, THADER TELECOMUNICACIONES S.L. y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito efectuado para recurrir al que se dará el destino legal. Manténgase el aseguramiento prestado hasta que en ejecución de sentencia se resuelva sobre dicho aseguramiento.

La parte recurrente abonará en concepto de honorarios de letrado a la parte recurrida la cantidad de 300 euros.

Notifíquese la presente a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, con la advertencia de que quien no tenga la condición de trabajador, beneficiario del sistema público de la seguridad social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 300 # en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco Español de Crédito(Banesto), cuenta número 4545, indicando la clave 35 y el número de procedimiento y el año. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en la misma cuenta, con clave 66. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandados y firmamos

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido leída en audiencia pública por el/a Ilmo/a Sr/a Magistrado/a Ponente que en ella consta en el día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, doy fe.