

# T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL CACERES

SENTENCIA: 00504/2018

-

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:** 06015 44 4 2017 0002091  
Equipo/usuario: MAG  
Modelo: 402250

## RSU RECURSO SUPPLICACION 0000430 /2018

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000499 /2017  
Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña** LUSOFORA SERVICES SL  
**ABOGADO/A:** [REDACTED]  
**PROCURADOR:**  
**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:** [REDACTED]  
**ABOGADO/A:** Mª JOSE IGLESIAS TORO  
**PROCURADOR:**  
**GRADUADO/A SOCIAL:**

**ILMOS.SRES. MAGISTRADOS**

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

En CACERES, a seis de septiembre de dos mil dieciocho.  
Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la  
SALA DE LO SOCIAL DEL T.S.J. DE EXTREMADURA, de acuerdo con lo  
prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**  
**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**  
**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A nº 504/18**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por el Sr. Ltdo. [REDACTED], en nombre y representación de LUSOFORA SERVICES S.L., contra la sentencia de fecha 12/3/2018, dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 02 de BADAJOZ, en el procedimiento número 499/2017, seguido a instancia de [REDACTED], frente a LUSOFORA SERVICES SL., siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. [REDACTED],

De las actuaciones se deducen los siguientes:

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** [REDACTED]

presentó demanda contra LUSOFORA SERVICES S.L, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha 27/6/2018.

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "PRIMERO.-La actora [REDACTED] comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada Lusofora Services, S.L., con una antigüedad de 1/04/2011, categoría profesional de Auxiliar de enfermería y un salario mensual a efectos de despido de 1.573,53€, (52,45 €/día) con inclusión de la parte proporcional de pagas extras. (f.9). SEGUNDO.-La actora pasó subrogada de la empresa Samurex a la empresa Lusofora Services, S.L., el 29/10/2016. (f.8) TERCERO.-La trabajadora desarrollaba su actividad laboral en un Centro de Día en la localidad de Calamonte. (No controvertido).

CUARTO.-La actora durante el tiempo que prestó servicios en Samurex realizó funciones de responsable del centro, y acordó con la empresa el abonó un plus por sus funciones de 100€ al mes, en concepto de "complemento de dedicación". (Testifical de [REDACTED], f.77, testifical [REDACTED]). QUINTO.-La actora carecía de la titulación necesaria para ser supervisora del centro. (Reconocimiento actora)SEXTO.-El 4/07/2017 la empresa entregó a la actora carta de despido, en la que acuerda extinguir la relación laboral por no haber atendido a las directrices dadas por la empresa para su buen funcionamiento. La empresa reconoció en la carta su improcedencia. (f.10)SÉPTIMO.-La actora no consta que sea o hay sido representante legal de los trabajadores en el año anterior, ni consta su afiliación sindical.(No controvertido)OCTAVO.-El preceptivo acto de conciliación ante la UMAC se celebró el 27/07/2017 con el resultado sin avenencia. (f.22). NOVENO.-Es de aplicación a la relación laboral el VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal. (BOE. Núm.119.18/05/2012).

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por DÑA [REDACTED] frente a la empresa LUSOFORA SERVICES, S.L. ,debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO efectuado el 4/07/2017, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, y a que, por tanto, readmita a la demandante en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al cese, o bien le indemnice con la suma

de 11.539 € condenándola al abono de los salarios de tramitación si opta por la readmisión; debiendo advertir a la empresa que la opción señalada, habrá de efectuarse ante este Juzgado de lo Social en el plazo de los CINCO DIAS SIGUIENTES, desde la notificación de la Sentencia, entendiéndose que de no hacerlo así se opta por la readmisión. ESTIMO PARCIALMENTE la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por DÑA [REDACTED] frente a la empresa LUSOFORA SERVICES, S.L., sobre reclamación de cantidad, debo condenar y condeno a la empresa demandada a que le abone la cantidad de 6.826,92€ y al abono del 10% de interés por mora.”

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada, formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sala en fecha 27/6/2018.

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

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

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** Frente a la sentencia de fecha 12 de marzo de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Badajoz, que estima parcialmente la demanda interpuesta por doña [REDACTED]

██████████ frente a la empresa Lusofora Services, S.L., condenando a esta última a abonar a aquella la cantidad de 6.826,92 euros, con un interés moratorio del 10%, recurre la citada empresa en suplicación, interesando, al amparo del art. 193.b) LRJS, la modificación del relato de hechos probados contenido en la resolución recurrida y alegando, conforme al artículo 193.c) de la LRJS, la infracción de los artículos 26 y 39.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y 14, 21 y anexo III del VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

**SEGUNDO:** En primer lugar, al amparo del artículo 193.b) de la LRJS, solicita la recurrente la revisión del hecho probado primero de la sentencia impugnada, pretendiendo que el mismo quede redactado de la siguiente manera:

*"La actora ██████████ comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada Lusofora Services, S.L., con una antigüedad de 1/04/2011, categoría profesional de Auxiliar de enfermería y un salario mensual a efectos de despido de 1.004,62 euros, (22,48 €/día) con inclusión de la parte proporcional de pagas extras".*

Cabe recordar, en primer lugar, en relación con el motivo de suplicación amparado en el apartado b) del artículo 193 de la LRJS, los requisitos jurisprudencialmente exigidos para que el mismo pueda prosperar:

- En relación con los hechos, se exige que lo que se trate de modificar sea un enunciado contenido en el relato fáctico de la resolución impugnada, o bien una afirmación con valor fáctico contenida en la fundamentación jurídica de la misma.

Puede pretenderse tanto la modificación de un enunciado en concreto, como su supresión, o la adición de un nuevo hecho al citado relato.

Además, la parte recurrente ha de proponer una redacción alternativa al enunciado que pretende modificar (o simplemente, la redacción del hecho que pretende introducir).

- En relación con la prueba, se exige que la modificación pretendida se desprenda directamente del contenido de una prueba documental o pericial concreta, obrante en las actuaciones y lícita, que sea invocada por la parte recurrente a tal efecto.

No se admite, por tanto, que la modificación se fundamente en pruebas de otro tipo, como puede ser el interrogatorio de parte o la testifical. Además, se excluye el valor de prueba documental a estos efectos de elementos como el acta del juicio, la demanda, las actas de la inspección de trabajo, etc.

Tampoco se admite que se fundamente la supresión de un hecho probado no en una prueba documental o pericial concreta, sino en la falta de prueba del mismo (prueba negativa).

No puede pretenderse a través de este motivo que el órgano judicial encargado de resolver el recurso realice una nueva valoración completa de la prueba practicada en instancia, tarea esta de la valoración de la prueba que corresponde exclusivamente al juez a quo y no puede ser suplida a través de un recurso extraordinario como es el de suplicación.

Asimismo, es necesario que la prueba en la que se fundamenta la pretensión de modificación no haya sido valorada por el órgano que dictó la resolución impugnada, salvo que se ponga de manifiesto el error en que el mismo podría haber incurrido en tal valoración.

- Por último, se exige que la modificación interesada resulte trascendente, por ser susceptible de afectar a la

parte dispositiva de la resolución impugnada, o a la solución concreta que haya de darse a las pretensiones formuladas por las partes en el procedimiento.

Por todas, STS de 5 de junio de 2013, rec. 2/2012, que, en doctrina para el recurso de casación, pero aplicable al de suplicación, también de carácter extraordinario, se remite a muchas otras anteriores en relación con los citados requisitos.

Pues bien, en el presente caso, debe denegarse la solicitud de modificación del hecho probado primero de la sentencia impugnada realizada por la recurrente, al no concurrir los requisitos anteriormente mencionados.

Lo que se pretende en este primer motivo del recurso formulado es que este Tribunal realice una nueva valoración de la prueba practicada en el procedimiento, y se extraigan de la misma las conclusiones que interesan a la parte recurrente, contrarias a las alcanzadas por la Magistrada de instancia.

Se justifica, en primer lugar, la modificación pretendida en la demanda. Esta, no obstante, como ya se ha adelantado, no puede considerarse como válida prueba documental a efectos de justificar una modificación de hechos probados a través del recurso de suplicación.

En segundo lugar, se citan las nóminas de la actora obrantes a los folios 9, 164 y 165 de las actuaciones, en las que consta como categoría profesional la de auxiliar de enfermería, y como salario, el de 1.004,62 euros mensuales.

De tales documentos, no obstante, lo único que se extrae es el salario que venía percibiendo la demandante, así como la categoría profesional que tenía reconocida. No obstante, en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, se justifica suficientemente cómo de la totalidad de la prueba practicada se deduce que la trabajadora venía en la práctica desempeñando las funciones correspondientes a la categoría

profesional de supervisora por lo que, independientemente de la que tuviese oficialmente reconocida y del salario que viniese percibiendo, el que debe tenerse en cuenta a efectos de despido es el correspondiente a las funciones que efectivamente realizaba.

En el fundamento de derecho quinto de la resolución impugnada, se expone claramente que se considera probado que la actora venía realizando, antes de ser despedida, funciones de supervisora de centro, hecho que no queda desvirtuado por los documentos citados en el recurso, por lo que el salario que debe corresponderle, con independencia del que viniese percibiendo, es el correspondiente a dicha categoría, que es el que se refleja en el hecho probado que ahora se impugna.

La jurisprudencia (SSTS 22/05/06 -rec. 79/05; y 20/06/06 -rec. 189/04) exige que "los documentos sobre los que el recurrente se apoye para justificar la pretendida revisión fáctica deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas, hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa", requisitos que no cumplen por sí solas las nóminas citadas por la recurrente en el presente caso.

Por ello, debe desestimarse este primer motivo del recurso interpuesto.

**TERCERO:** En segundo lugar, al amparo del artículo 193.c) de la LRJS, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 14 y 21 y del Anexo III del VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía



personal, así como del artículo 39.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Debe recordarse que este motivo exige, además de una cita de los concretos preceptos o pronunciamientos jurisprudenciales que se consideren infringidos, una exposición de los argumentos jurídicos que llevan a la conclusión del error o errores de derecho denunciados.

Pues bien, en el segundo motivo del recurso interpuesto no se hace siquiera referencia al contenido de los preceptos del convenio colectivo en cuya infracción se fundamenta el mismo, únicamente se indica que, dentro de su Anexo III aparecen reguladas las funciones que integran la categoría profesional de Supervisor/a.

Por el contrario, lo que, en atención a la fundamentación que da a este motivo, pretende nuevamente la recurrente es que se realice ahora una nueva valoración de la prueba practicada en instancia, y más en concreto, de las testificales que, según el fundamento de derecho quinto de la resolución impugnada, llevaron a la Magistrada de instancia a considerar acreditado que la demandante realizaba las funciones propias de la categoría de supervisora.

No puede, en virtud del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, pretenderse que se modifiquen los hechos que se consideraron acreditados en la resolución impugnada, bien quedasen los mismos reflejados en el propio relato de hechos probados o en su fundamentación jurídica, como afirmaciones con valor fáctico.

Teniendo ello en cuenta, y partiendo de los hechos probados que se desprenden de la sentencia recurrida, cuya modificación no ha prosperado, por las razones anteriormente expuestas, no puede entenderse que se hayan vulnerado los preceptos citados por la recurrente, por lo que debe desestimarse también este segundo motivo del recurso.

**CUARTO:** Por último, nuevamente al amparo del artículo 193.c) de la LRJS, denuncia la recurrente la infracción de los artículos 26 y 39.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Alega la misma que la trabajadora demandante comenzó, según el hecho probado segundo de la sentencia impugnada, a prestar servicios para Lusofora Services, S.L. el día 29 de octubre de 2016, en virtud de subrogación de esta última en la posición de empresario que anteriormente era ocupada por Samurex. Por ello, considera que únicamente es responsable de las cantidades devengadas (en este caso, de las diferencias salariales) a partir de dicha fecha.

No puede estimarse este motivo, en primer lugar, porque lo que la recurrente pretende es introducir, en fase de recurso de suplicación, un nuevo motivo de oposición que no fue alegado en primera instancia. No es este el momento para introducir argumentos nuevos tendentes a la defensa de las partes. La exposición de los hechos y fundamentos en que las mismas basen sus pretensiones debe realizarse en el momento de interponer (y ratificar o ampliar) la demanda o de contestar a la misma, precluyendo con dichos trámites la posibilidad de introducir argumentos en defensa de sus posiciones.

La admisión, en este momento, de la alegación de la recurrente de que las únicas diferencias salariales que la actora puede reclamarle son las posteriores a la subrogación empresarial, cuestión que no tuvo entrada y no fue, por tanto, discutida en primera instancia, colocaría a la demandante ahora recurrida en situación de indefensión.

A mayor abundamiento, aun en el supuesto de que se entrase a conocer la alegación efectuada por el recurrente, la misma no podría prosperar, puesto que el artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores, aplicable, de conformidad con la STJUE de 11 de julio de 2018, asunto C-60/17, incluso en los supuestos

en que la sucesión de empresas venga impuesta por convenio colectivo, establece la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario, durante tres años, respecto de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubiesen sido satisfechas. Conforme a dicho precepto, la empresa ahora recurrente es responsable del abono de las diferencias salariales debidas, no únicamente desde que se produjo la subrogación empresarial, sino con anterioridad a la misma.

Por ello, debe desestimarse también este motivo y con él, el recurso de suplicación interpuesto.

**QUINTO:** Dada la desestimación del recurso interpuesto, conforme al artículo 235.1 de la LRJS, las costas procesales deben ser impuestas a la parte recurrente.

Vistos los preceptos legales invocados, y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLAMOS**

Que desestimamos el recurso interpuesto por la empresa Lusofora Services, S.L. frente a la Sentencia dictada en fecha 12 de marzo de 2018 por el Juzgado de lo Social número 2 de Badajoz, en los autos seguidos a instancia de doña [REDACTED] [REDACTED] frente a la recurrente, y confirmamos la resolución recurrida.

Se condena a la recurrente a la pérdida del depósito y de la consignación que efectuó para recurrir y se le imponen las costas del recurso, en las que se incluyen los honorarios del Letrado de la impugnación en cuantía de 300 euros.

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 N° 1131 0000 66 043018, 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 adquiriera firmeza la presente sentencia, devuélvase 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.