



Roj: **STSJ AND 8019/2017 - ECLI: ES:TSJAND:2017:8019**

Id Cendoj: **41091340012017102097**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **06/07/2017**

Nº de Recurso: **2665/2016**

Nº de Resolución: **2135/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº 2665/16 IN

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMA.SRA.DÑA. MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ.

ILMA.SRA.DÑA. MARÍA BEGOÑA GARCÍA ÁLVAREZ.

ILMO.SR.DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA.

En Sevilla, a seis de julio de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente:

SENTENCIA N° 2135 /17

En los recursos de suplicación interpuestos por el Ldo. D. Jesús A. Ramírez Gómez en representación de Dª Ángeles y por la Lda. Dª Rocío Díaz Ruiz, representando a Ambulancias Andalucía Socc. Coop. And., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número dos de los de Cádiz; ha sido Ponente la ILMA. SRA. DOÑA MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ, Presidenta de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en autos número 262/15 (Ejec. 114/16) se presentó demanda por Dª Ángeles, sobre despido, contra Flyin Doctors, S.L., Ambulancias Andalucía Sociedad Cooperativa Andaluza y Fondo de Garantía Salarial, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 13/07/15 por el Juzgado de referencia en que se estimó la demanda.

SEGUNDO: En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"PRIMERO.- La demandante es ATS- Enfermera; con antigüedad de 1.1.2013 y salario de 79,58 euros diarios. NO fue Representante del personal.

SEGUNDO.- Han existido conciliaciones de despidos objetivos

TERCERO.-1.-"La carta de despido económico de 10.3.15 en resumen dice:"Flyin Doctors SL calle Paris nº 27-29 29006 Málaga EXTINCION con efecto del día 06/03/2015, cuya causas económicas y organizativas ..amortizar su puesto de trabajo..situación actual de pérdidas significativas y por otro lado, a la repentina rescisión unilateral por parte de SANITAS ADESLAS de los servicios que veníamos prestándole en la provincia de

Cádiz...Mostramos a continuación la evolución de los principales indicadores económicos...Los beneficiarios de Flying Doctors, S.L han ido disminuyendo en los últimos años hasta presentar el 31 de Diciembre de 2014 unas pérdidas muy importantes, que han alcanzado la cifra de 100.694, 71 euros, perdidas importantes y continuadas, desde el ejercicio de 2013., responde principalmente a los siguientes factores...venia prestando sus servicios fundamentalmente a la compañías aseguradoras ASISA, SANITA ADESLAS, solo y exclusivamente el ala provincia de Málaga...les obligaron prestar dichos servicios en la provincias de Málaga y Cádiz...Pero el hecho decisivo que ha hecho ..Ha sido la comunicación reciente de Sanitas Adeslas a nuestra mercantil dando por finalizado el contrato de prestación de servicios que teniamos constrado en la provincia de Cádiz con fecha de efectos del 28/02/2015...A todo ello le unimos la difiicil situación que viene arrastrando...la empresa ha intentado conservar la plantilla...existiendo la necesidad de reducir gastos, con el fin de mantener la viabilidad de la misma...En cuanto a los datos económicos y de producción..han sido extraídos de los antecedentes contables existentes en la Empresa, los cuales puede Vd. constatar y corroborar la veracidad de los mismos,...La indemnización ...importa la suma de de 2462,41 euros..No obstante y en la actual situación económica..imposibilidad de poner a su disposición dicha cantidad,lo que se expone a los efectos..."

2.- Son datos de diciembre de 2014; el despido es de mediados de marzo de 2015.

3.- El saldo bancario a fecha 5,3,15 de Flyin en : el Sabadell era de menos 5.471,90 euros; en la Caixa:positivo por 1,599,25 euros; y en el Popular negativo de 15,80 euros.

CUARTO.-Cuando se presenta la demanda por extinción se adeudaba tres meses; Desde hace dos años todas las nóminas se pagaban con retrasos desde quince días la mitad hasta un mes o mas la otra mitad de cada nómina .

Desde abril de 2014 ya el retraso es habitual de a los dos meses en primer pago parcial y hasta tres.

QUINTO.-La Cooperativa se inicia por quien era director comercial de Flyig Doctors.;que llevaba la logística de la SL.; entrevistaba al personal a contratar por Flyin; como símbolo se utiliza el mismo dibujo(avión ligero);alguna ambulancia de usaba Fly con Renting se siguió cuando por Ambulancias; se siguen por Ambulancias usando el mismo sistema, de Renting; La clientela que empieza a usar Ambulancias es la misma que era de Flyin y el antiguo director comercial, conocía y sigue contactando con mismos clientes y compañías Médicas.

Donde Flyin tenía ambulancias y medios en dos números de una calle Paris-27-29, ahora Ambulancias las tiene en uno de esos números.

El nº de teléfono de la sociedad Flyin(952-627179),siguió siendo el de Ambulancias; esta ahora ya tiene algún número telefónico diferente.

Dos administrativos de Flyin están ahora en la Cooperativa.

Los trabajadores de Flyin que forman la cooperativa aportaron el Pago único del desempleo y además capital personal..

El personal de Puerto Real tenía que consultar con la sede de Málaga para cualquier incidencia y control laboral; quien les controlaba y solucionaba en Málaga era exclusivamente el director comercial de Flyin, actual presidente de la cooperativa..

Desde febrero de 2014 comenzaron rumores e indicaciones de que debían darse de alta en Autónomos y hacer cooperativa; pero no se contaba para ello con los de Puerto Real y se organizaba esta posibilidad con los de Málaga;Tras el verano de 2014 ya hablaron con el Director Comercial(actual Presidente de cooperativa) pero ese les dijo que la Cooperativa iba a ser reducida,no para todos.

SEXTO.- 1.-El Convenio colectivo de la provincia de Cádiz indica en su ámbito, que se aplica a empresas que tengan su"centro de trabajo o lugar de trabajo" en esta provincia(Aquí lo había en Puerto Real);este convenio provincial es mas beneficioso respecto a horas extras que el autonómico. Y no tiene como concepto:horas de presencia, que sí tiene el autonómico.

El BOP de 28.5.13 señala que para 2015 habrá un incremento del 1% sobre :un salario base para ATS de 1.307,74 euros; Un plus de transporte de 6,18; y el valor de la hora extra:12,14 euros.

El art 25 de tal convenio regula EL Plus Compensatorio Para los trabajadores(as) a quienes se les aplique el convenio de un 14% del salario base, por día de trabajo.

2.- Respecto al Convenio autonómico para empresas de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia,El Salario base del Convenio AUTONÓMICO ES DE 1.561,68 EUROS; Y EN LA NÓMINA ERA DE 1.165 EUROS.

Su ámbito es el transporte aéreo,terrestre o marítimo de esa personas, órganos o equipo médico.



El Objeto social de Flyin es el de servicios sanitarios, visita médica a domicilio, ambulancias y vuelos sanitarios.

SÉPTIMO.- La sentencia del Juzgado y Sala de Málaga se referían a trabajador que trabajaba tanto en la provincia de Málaga, como en la de Cádiz; nuestro demandante sólo trabajó en Cádiz, y aquí firmó su contrato de trabajo.

OCTAVO.- Desde 28.5.14 la demandante tenía tres días a 12 horas cada día y luego tres días sin trabajo; si la semana de 7 días trabaja 3 descansa tres y vuelve a trabajar tres; los siete primeros son 4 días por 12, son: 48 horas semanales.

El convenio colectivo fija como horas ordinarias semanales :39 horas.; en las cuatro semanas del mes son 36 ordinarias,

Antes de mayo de 2014, hacían dos días seguidos a 24 horas por día y dos siguiente no trabajo.; de esta manera resultan 4 por 24 son 96 horas semanales y no 39 semanales.

NOVENO.- a.- En la actualidad Flyin esta inactiva como tal.

b.- Segur Caixa y Adeslas comunicó a Flyin el 25,2,15 que rescindía su contrato para el transporte en la provincia de Cádiz.

DECIMO.- Flyin ha conciliado en Málaga, despidos y extinción por impagos; y también cantidades.

DECIMOPRIMERO.- La Cooperativa se inscribe el 10,10.2014.; se había constituido el 26.9.14 por siete personas, el Sr Leandro, como Presidente y seis mas.

Como domicilio social SE FIJABA LA OFICINA 6 DE LA PLANTA 2ª, DE CALLE OROTAVA 6 de Málaga; ante la Consjería de Economía señala como domicilio calle Cuernavaca 30.

El 1-12-2014 la Cooperativa alquila 22 vehículos(20 son Furgones, y dos chasis)."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpusieron recursos de suplicación por Dª Ángeles y por Ambulancias Andalucía Socc. Coop. And., habiéndose efectuado impugnaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Frente a la sentencia de instancia que resolviendo sobre demandas acumuladas de despido y extinción de relación laboral del artículo 50 de Estatuto de los Trabajadores, estimo la demanda de extinción de relación laboral condenado solidariamente a las dos codemandadas a abonar el importe de la indemnización y salarios adeudados, se alzan en Suplicación la trabajadora actora y la empresa Ambulancias Andalucía Sociedad Cooperativa Andaluza, la primera por el tramite procesal de los apartados a), b) y c) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y la segunda por el tramite procesal de los apartados b) y c) del mismo texto legal.

SEGUNDO.- Por razones de método, solicitándose por la trabajadora nulidad de actuaciones, es esta la primera cuestión a examinar. Por adecuado trámite procesal y cita expresa en el apartado a) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se solicita nulidad de actuaciones, defendiendo la recurrente que la sentencia incurre en defecto de incongruencia extra petita, conculcando el artículo 97.2 y 24.1 de la Constitución, por aplicar un Convenio Colectivo que no solicitó ella, concretamente el Convenio Colectivo Autonómico de Transporte de Enfermos y accidentados en Ambulancia, al fallar en cuanto a salario de la actora conforme a dicho Convenio Colectivo que no se mencionaba por ella en la demanda.

Ha de recordarse al respecto de la petición de nulidad que se estudia que este es un remedio excepcional y extraordinario, que procede solo en aquellos casos en los que se ha conculcado normas esenciales del procedimiento que causen indefensión o cuando se produce efectivamente incongruencia de tal magnitud que se acaba decidiendo en la resolución judicial sobre cuestiones que ni se planeaban. ni han sido objeto de debate. En el caso que nos ocupa, sin embargo, en el Fundamento Jurídico primero de la sentencia de instancia se razona, desestimando la excepción de cosa juzgada que alegaba la empresa Ambulancias Andalucía Sociedad Cooperativa Andaluza, defendiendo que era la aplicable del Convenio Colectivo Autonómico de Transporte de Enfermos y accidentados en Ambulancia a la relación laboral de la actora, porque así lo había decidido una sentencia del Tribunal Superior de Justicia Andalucía, concretamente la Sentencia de la Sala de Málaga núm. 797/2015 de 14 mayo. El hecho de que se desestime tal excepción, prescindiendo por el momento de la corrección o no de la desestimación de la misma, significa que fue objeto de debate la cuestión de cual era el Convenio Colectivo aplicable la relación entre las partes y por tanto, no puede estimarse la petición de nulidad que efectúa la recurrente pues, la ratio decidendi de la sentencia de instancia, se mantiene dentro de los términos en que el debate se ha planteado por las partes, al margen del acierto o desacierto de los



razonamientos de la sentencia lo que, será estudiado de ser planteado en el recurso, y al margen también de que se estudie, si se plantea, la aplicación correcta del Convenio Colectivo que deba de aplicarse a la relación laboral entre las demandas y la actora, siempre teniendo en cuenta que el principio de congruencia no alcanza a limitar la libertad de razonamiento jurídico de los Tribunales. Ha de ser pues desestimado el motivo de recurso que se estudia.

En el siguiente apartado del recurso que plantea la actora por el tramite procesal del apartado b) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se solicita la rectificación del contenido fáctico de la sentencia para proponer adición en el hecho probado sexto que recoja que el Convenio Colectivo que referencia el hecho probado que se controvierte dispone que "También serán de aplicación para las empresas dedicadas al transporte sanitario en cualquiera de sus modalidades, que aun no teniendo su domicilio social en la provincia de Cádiz, si tengan su centros de trabajos o lugares de trabajos en la provincia, entendiéndose por ellos prestación del servicio en un periodo superior a treinta días en seis meses". Ciertamente el texto que se trata de adicionar se recoge en el artículo 2 del Convenio Colectivo, en sede AMBITO TERRITORIAL, pero no es necesario incluir en el hecho probado cuestionado el contenido al respecto del Convenio Colectivo, porque en la relación fáctica de la sentencia no es necesario incluir el contenido de normas paccionadas o legales, resulten o no de aplicación.

TERCERO.- Por tramite adecuado del apartado c) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se solicita el examen del derecho aplicado en sentencia, alegándose la infracción de lo dispuesto en los artículos 3.3, 4.2f 29.1 y 85.3b) de Estatuto de los Trabajadores así como el artículo 2 del Convenio Colectivo colectivo de transporte sanitario de la provincia de Cádiz para defender que este es el Convenio Colectivo aplicable y no el que decide la sentencia de instancia esto es el Convenio Colectivo Autonómico de Trabajo para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia. Plantea así la recurrente una cuestión de concurrencia de Convenio Colectivo, o dicho de otra manera el problema de primacía aplicativa de un Convenio Colectivo sobre otro. No se trata de la primacía aplicativa del convenio colectivo de empresa que fue introducida por el legislador laboral en la reforma operada el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero y, posteriormente, por la Ley 3/2012, de 6 de julio, en el artículo 84.2 de Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, hoy derogado pero aplicable al supuesto enjuiciado por razones temporales; si así fuera no cabría duda de que tal Convenio Colectivo, se aplicaría preferentemente sobre otro, tal como se extrae de la doctrina que emana de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 773/2016 de 22 septiembre, pero no es el caso. En el supuesto enjuiciado se pretende la aplicación del Convenio Colectivo de transporte sanitario de la provincia de Cádiz, sobre el Convenio Colectivo Autonómico de Transporte de Enfermos y accidentados en Ambulancia cuyo artículo 1, en sede de ámbito funcional establece que "Las disposiciones del presente Convenio serán de aplicación a los trabajadores/as y empresas, dedicadas al transporte sanitario terrestre, aéreo y marítimo de enfermos y/o accidentados así como el transporte de órganos, sangre, muestras biológicas y equipos médicos". El artículo 1 del Convenio colectivo de transporte sanitario de la provincia de Cádiz dispone la aplicación a las empresas que se dedique al transporte sanitario en cualquiera de sus modalidades. Así mismo queda incluido el transporte adaptado para todo tipo de personas con movilidad reducida, psíquica o físicamente, independientemente del centro de origen o destino.

De la literalidad de las normas antes transcritas se desprende un ámbito funcional de aplicación mas amplio del Convenio Colectivo autonómico, que el del Convenio Colectivo provincial, y este dato unido al hecho de que, aunque la sentencia de instancia no proporciona muchos datos al respecto si puede extraerse que el objeto social de la empresa de Flyin que empleaba a la trabajadora es el de servicios sanitarios, visita médica a domicilio, ambulancias, vuelos sanitarios, esto es mas amplio también que el de mero transporte sanitario de personas y unido también al dato de que la meritada empresa tenia centros de trabajo ademas del de Puerto Real en Cádiz en otras provincias, como Málaga y que no consta que la trabajadora haya solicitado la aplicación del Convenio Colectivo Provincial antes del proceso de despido, lleva a concluir que el Convenio Colectivo aplicable a la relación habida entre la trabajadora y la empresa que la despidió, es el Convenio Colectivo Autonómico de Transporte de Enfermos, lo que proporciona mayor uniformidad y obvia la posibilidad de que se acabe por aplicar a los trabajadores de una misma empresa que carece de Convenio propio, diferentes convenios colectivos por la sola razón de la ubicación territorial del lugar donde se prestan servicios, lo que podría dar lugar a desigualdades no justificadas.

De acuerdo con lo razonado, ha de ser desestimado el motivo de recurso que se estudia.

Sólo resta por estudiar el ultimo de los motivos de recurso que plantea la trabajadora al amparo de lo dispuesto en el artículo 193 c) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para alegar la infracción de lo dispuesto en el artículo 50.2 53 y 65 de Estatuto de los Trabajadores, para defender que el salario modulo a tener en cuenta para calcular su indemnización, no ha de ser el de 56,51 € día, sino el de 79,58 € día. Esta censura jurídica no



ha de ser estimada pues, fijado el salario para la trabajadora, según su categoría y el Convenio Colectivo de aplicación tal como se establece en el Fundamento Jurídico segundo en 56,51 €, en relación al hecho probado sexto, salario notablemente superior al que figuraba en nomina que era de 1.165 € mes, el total que arroja el calculo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 50 en relación con el 56 de Estatuto de los Trabajadores , es el que determina la sentencia de instancia de 4,817,48 €. por lo que también este motivo de recurso de la trabajadora ha de ser desestimado.

CUARTO.- Ha de ser ahora estudiado el recurso que plantea la empresa comenzando por el que pretende la revisión del contenido fáctico de la sentencia, con amparo correcto invocado en el apartado b) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . En primer lugar se solicita la rectificación del hecho probado quinto, para que, con las correspondientes adiciones quede redactado en los siguientes términos: "La Cooperativa se inicia por los siguientes socios: Don Virgilio , don Leandro , Don Jose Miguel , Don Carlos Alberto , doña Delfina , don Luis Miguel y don Juan María , de los cuales fue nombrado presidente don Leandro , quien era director comercial de Flying Doctors; que llevaba la logística de la S.L.; entrevistaba al personal a contratar por Flyn; como símbolo se utiliza el mismo dibujo (avión ligero); alguna ambulancia de usaba Fly con Renting se siguió cuando por Ambulancias; se siguen por Ambulancias usando el mismo sistema, de Renting; la Clientela que empieza a usar Ambulancias es la misma que era de Flyin y el antiguo director comercial, conocía y sigue contactando con mismos clientes y compañías Médicas. Donde Flyin tenía ambulancias y medios en dos números de una calle Paris-27-29, ahora Ambulancias las tiene en uno de esos números. Los números de teléfono de la sociedad Flyin eran 952627179 y 952239232 y el número de teléfono de Ambulancias era 902750688.. Dos administrativos de Flyin están ahora en la Cooperativa. Los trabajadores de Flyin que forman la cooperativa aportaron el Pago único del desempleo y además capital personal. El personal de Puerto Real tenía que consultar con la sede de Málaga para cualquier incidencia y control laboral; quien los controlaba y solucionaba en Málaga era exclusivamente el director comercial de Flyin, actual presidente de la cooperativa. Desde febrero de 2014 comenzaron rumores e indicaciones de que debían darse de alta en Autónomos y hacer cooperativa; pero no se contaba para ello con los de Puerto Real y se organizaba esta posibilidad con los de Málaga; tras el verano de 2014 ya hablaron con el Director Comercial (actual Presidente de cooperativa) pero ese les dijo que la Cooperativa iba a ser reducida, no para todos."

Ha lugar a lo solicitado porque ello se deriva de los documentos que se invocan en apoyo de la pretensión de revisión, documentos que obran a los folios 113 y siguientes, documentos que acreditan la constitución e inscripción de la entidad Ambulancias Andalucía Sociedad Cooperativa Andaluza.

A continuación se solicita la adición de un nuevo hecho probado que sería el quinto bis, de la siguiente literalidad: "En fecha 9/10/2014 se dicta resolución por la Consejería de Economía de la junta de Andalucía por la que se aprueba la inscripción del acto de constitución de la entidad Ambulancias Andalucía, Sociedad Cooperativa Andaluza. Apareciendo como objeto social "todo tipo de actividades sanitarias y cualquier otro relacionado con éstos en el que implicarán las personas socias en su personal trabajo". Siendo su domicilio social: Calle Orotava, 2-2º oficina 6, 29006-Málaga, el cual fue posteriormente modificado en resolución de Inscripción dictada por la Delegación Territorial de Málaga en el expediente de Modificación de estatutos sociales de la entidad de fecha 12/12/2004 el cual pasó a estar en c/Cuernavaca, 30 edificio Nuevo Centro Comercial San Luis, local nº 3. 29006-Málaga. Presidente de dicha cooperativa Don Leandro . Y socios fundadores: Don Virgilio , don Leandro , don Jose Miguel , don Carlos Alberto , doña Delfina , don Luis Miguel y don Juan María ."

También a esta adición ha de accederse por presentar transcendencia en orden a resolver el siguiente motivo de recurso y derivarse lo peticionado de la documentación que se invoca y que obra a los folios 113 y siguientes del ramo de prueba de la parte demandada.

QUINTO.- En el último apartado del recurso la recurrente Ambulancias Andalucía Sociedad Cooperativa Andaluza, alega la infracción de lo dispuesto en el artículo 44 de Estatuto de los Trabajadores ,y la doctrina que emana de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 septiembre 2008 , para defender que no se ha producido sucesión empresarial que declara la sentencia de instancia, por cuanto la empresa Ambulancias Andalucía Sociedad Cooperativa Andaluza, se constituyo por algunos antiguos trabajadores de la empresa Flyin Doctors, S.L. que una vez despedidos, decidieron constituir una cooperativa, aportando la prestación por desempleo que percibieron en pago único, para mantener sus puestos de trabajo.

Cierto es, como apunta la recurrente que la sentencia controvertida en el Fundamento Jurídico cuarto expresa que la actora reclama contra la ahora recurrente alegando sucesión de empresa y no grupo laboral y por tanto esta cuestión es la que ha de ser estudiada. La sentencia del Tribunal Supremo que invoca la recurrente dice lo siguiente: "... la vigente doctrina de la Sala mantiene que el art. 44 ET (RCL 1995, 997) exige que se transmita como tal una empresa o una unidad productiva en funcionamiento o susceptible de estarlo, y este supuesto no se produce cuando ya no existe una organización empresarial que reúna esas condiciones y cuando los



contratos de trabajo se han extinguido. Además, la actuación de los trabajadores que, recurriendo a formas asociativas y través de la utilización de relaciones comerciales y de determinados elementos patrimoniales de la anterior empresa, que han obtenido de forma indirecta en el proceso de liquidación de ésta, tratan de lograr un empleo mediante el lanzamiento de un nuevo proyecto empresarial no es sólo una acción lícita, sino que merece la protección del ordenamiento laboral [art. 228.3 LGSS . [RCL 1994, 1825] ; RD 1044/1985, I de 19/junio [RCL 1985, 1587 y 1845]], y en estos casos -en los que se trata más de una «reconstrucción» que de una «transmisión» de la empresa- no se está en el supuesto del art. 44 ET (RCL 1995, 997) , que es una norma con una finalidad de conservación del empleo y no puede convertirse en una fórmula rígida que impide la aplicación de soluciones para la creación de nuevos empleos que sustituyan los perdidos como consecuencia de la crisis de la anterior empresa, como por lo demás permite el art. 4 bis de la Directiva CE 77/187 CE (LCEur 1977, 67) [en la redacción de la Directiva CE 98/50 [LCEur 1998, 2285]] (SSTS 15/04/99 - rcurd 734/98 [RJ 1999, 4408] -, dictada en Sala General ; 11/04/01 - rcurd 1245/00 [RJ 2001 , 5113] - ; 25/06/01 - rcurd 1247/00 [RJ 2001 , 6333] - ; 11/07/01 - rcurd 2124/00 [RJ 2001, 9274] - ; y 25/02/02 - rcurd 4293/00 [RJ 2002, 6235] -). Y en este sentido también se ha dicho que por encima de las palabras utilizadas en la letra del precepto o en las sentencias interpretativas del mismo, lo que se trasluce de ellas es la exigencia de que se haya producido una transmisión de activos patrimoniales y personales, o sea, de elementos que permitan continuar una explotación empresarial «viva», que es lo que podría permitir hablar de la permanencia en su identidad, siendo así que este dato -conservación de la identidad- es exigido por la normativa comunitaria -Directiva 1977/187/CEE, de 14 /febrero; Directiva 1998/50/CE, de 29 /junio; y Directiva 2001/23/CE, de 12 /marzo- y ha sido considerado elemento determinante de la existencia o no de una sucesión empresarial en la jurisprudencia comunitaria [STCE 65/1986, de 18/marzo/86 [TJCE 1986, 65] , Asunto Spijkers], habiendo señalado al respecto ese mismo Tribunal que aun cuando esa circunstancia se deduce normalmente del hecho de que la empresa «continúe efectivamente su explotación o que ésta se reanude», para llegar a dicha conclusión hay que tener también en cuenta «otros elementos, como el personal que la integra, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone» [STCE 212/2000, de 26/septiembre, Asunto C-175/1999] (así, la citada STS 25/02/02 - rcurd 4293/00 [RJ 2002, 6235] -).

Pues bien, la doctrina que emana de la sentencia parcialmente transcrita obliga a estimar el motivo de recurso que se estudia pues, en primer lugar, no puede olvidarse que el despido de la trabajadora se produce según recoge el hecho probado primero en el mes de marzo de 2015, lo que significa que hasta entonces la empresa Flyin Doctors, S.L. que empleaba a la trabajadora se encontraba con actividad y difícilmente puede hablarse de sucesión empresarial cuando la cooperativa había sido inscrita el día diez de octubre del año anterior y había comenzado su actividad, alquilando el día 1 de diciembre de 2014, 22 vehículos, lo que significa que ni siquiera puede considerarse que continuara en una explotación que la anterior empresa hubiera abandonado, dado que la actividad de la cooperativa se inició antes y el hecho de que los cooperativistas, hayan sido previamente trabajadores despedidos de la empresa Flyin Doctors, S.L. justifica que utilicen sus conocimientos en orden a conseguir clientela que, dedicándose a la misma actividad, ha de ser coincidente. No resulta, significativo, por otro lado, que se siga en la cooperativa el mismo sistema de renting de algunos vehículos que antes utilizaba la empresa Flyin, pues este medio de explotación, (los vehículos), no supone que se hubieran traspasado la propiedad de los mismos a la cooperativa, respecto de quien no puede entenderse que se le haya transmitido y esta adquirido, una unidad productiva en funcionamiento o susceptible de estarlo, de manera que ha de entenderse que la Cooperativa que crearon anteriores trabajadores despedidos de la empresa Flyin, se ha constituido como una nueva empresa que no sucede a la anterior en los términos del artículo 44 de Estatuto de los Trabajadores que, como dice la sentencia del Tribunal Supremo antes aludida, (Sentencia de 25 de septiembre de 2008), es una norma con una finalidad de conservación del empleo, que no puede convertirse en una fórmula rígida que impida la aplicación de soluciones para la creación de nuevos empleos que sustituyan los perdidos como consecuencia de la crisis de la anterior empresa.

Corolario de lo expuesto es la estimación del recurso que se estudia, formalizado por Ambulancias Andalucía Sociedad Cooperativa Andaluza y no existiendo sucesión empresarial, no puede mantenerse la responsabilidad solidaria que para las dos codemandadas establece la sentencia de instancia que en este sentido, por contener las infracciones que se le imputan ha de ser revocada.

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

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por D^a Ángeles y estimación del recurso de Suplicación interpuesto por Ambulancias Andalucía Sociedad Cooperativa Andaluza contra la sentencia dictada en los autos nº 262/15 (Ejec. 114/16) por el Juzgado de lo Social número dos de los de Cádiz , en



virtud de demanda formulada por D^a Ángeles , contra Flyin Doctors, S.L., Ambulancias Andalucía Sociedad Cooperativa Andaluza y Fondo de Garantía Salarial, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos excepto en lo que se refiere a la condena solidaria a la empresa Ambulancias Andalucía Sociedad Cooperativa Andaluza a quién se declara exenta de responsabilidad y se absuelve de los pedimentos contra la misma deducidos.

Notifíquese esta sentencia a las partes 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, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

- a) Exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".
- b) Referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".
- c) Que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Devuélvase a la empresa recurrente los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase 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.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACION.- Sevilla a 06/07/17.