



Roj: **STSJ AND 8927/2017 - ECLI: ES:TSJAND:2017:8927**

Id Cendoj: **41091340012017102698**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **11/10/2017**

Nº de Recurso: **3117/2016**

Nº de Resolución: **2837/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS LOZANO MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 3117/16-J- Sentencia nº **2837 /17**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

Ilmos. Sres.

DON LUIS LOZANO MORENO

DON FRANCISCO MANUEL ÁLVAREZ DOMÍNGUEZ

DOÑA MARÍA DEL CARMEN PÉREZ SIBÓN

En Sevilla, a once de octubre 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 NÚM. 2837 /17

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Agapito , contra la resolución del Juzgado de lo Social número Uno de los de Sevilla dictada en en ejecución de título ejecutivo 95/15; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Don LUIS LOZANO MORENO, Magistrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos los autos 752/2014, D. Agapito presentó demanda sobre extinción de contrato y reclamación de cantidad, contra Cristalcor del Sur S.L.U. y Erasmo , llegándose a acuerdo en conciliación ante el Juzgado acordándose que la empresa le abonaría una cantidad de 30.000,00 € en concepto de indemnización y salarios adeudados.

SEGUNDO.- El 9 de abril de 2015 el actor presentó demanda de ejecución contra los codemandados Cristalcor del Sur S.L.U. y Erasmo , despachándose la misma por Auto de 15 de abril de 2015, y el 30 de abril de 2016 se presentó escrito por aquel solicitando que se ampliara la ejecución contra Cristalcor Viso S.L. El 10 de junio de 2016 se dictó Auto denegando lo solicitado, que recurrido en reposición, fue confirmado por otro de 7 de julio de 2016 .

TERCERO.- El actor recurrió en suplicación tal Auto, siendo impugnado su recurso por Cristalcor del Sur SLU, Cristalcorviso SL y Erasmo .



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El solicitante de ejecución de acuerdo conciliatorio recurre en suplicación el Auto que denegó la ampliación de la ejecución de la cantidad acordada y dejada de abonar contra Cristalcorviso S.L.U.

Antes de entrar en los motivos del recurso, desestimar la admisión de la sentencia aportada por el impugnante del recurso con el escrito de impugnación en cuanto que, aun siendo firme, ningún efecto puede desplegar sobre el asunto ahora debatido, en cuanto que ni las parte demandante era el ahora actor, ni allí fue resuelta la cuestión de la sucesión de empresas, ya que lo que allí se resolvió era la existencia de grupo de empresas. Evidentemente, el ahora actor no puede quedar vinculado por lo decidido en unos autos en los que no fue parte y, por tanto, no pudo presentar prueba ni efectuar alegaciones.

SEGUNDO.- En su recurso pretende el recurrente, al amparo del art. 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la sustitución del Hecho Quinto del Auto desestimatorio de su pretensión, en el que consta que "Cristalcor del Sur S.L.U. cesó en su actividad en 2014" por otro del siguiente tenor: "Cristalcor del Sur S.L. emitió facturación por gastos de la actividad hasta el final del año (12/12/2015 la última) si bien dejó de facturar a clientes el 7.5.2015, esto es, días después de emitirse Auto y Decreto de Ejecución (15.4.15 folios 124 a 130) tal y como consta en el Libro de Facturas Expedidas y Recibidas por esta. Cristalcor del Sur S.L.U. facturó diferente material al Cristalcorviso S.L.U. como venta de almacén o stock por importe de 31.319,62 € entre el 30.06.15 y 30.12.15 como consta en el Libro de Facturas Expedidas por Cristalcor del Sur S.L. al folio 507 y a su vez en el Libro de Facturas Recibidas por Cristalcorviso S.L.U. al folio 442. Que Cristalcorviso S.L.U. empezó a facturar a clientes el día 27.5.2015 (folio 460) y empezó a comprar a proveedores, a excepción de lo adquirido a Cristalcor del Sur S.L.U. el 7.10.15 (folio 406) tal y como constan en los libros de facturas recibidas y aportadas por esta". Esos hechos se deducen, sin género de dudas y sin contradicción, de los documentos que cita el recurrente en el motivo y en el hecho cuya adición pretende, por lo que no hay inconveniente alguno en su adición, con independencia de las conclusiones que de esos hechos se puedan extraer, pues son además relevantes en la argumentación jurídica que realiza en los motivos destinados al examen del derecho aplicado.

También pretende que se sustituya el Hecho Cuarto por el siguiente: "Cristalcorviso S.L.U. desarrolla a través de franquicia la actividad de cristalería, más específicamente la de reparación, arreglo o cambio de lunas en vehículos automóviles, actividad que también desarrollaba Cristalcor del Sur S.L.U.. Cristalcorviso S.L.U. es franquiciado de Cristalbox, y cuenta con un trabajador, que no procedía de Cristalcor del Sur S.L.U. Para el desarrollo de la actividad Cristalbox le ha proporcionado directrices de motivación comercial, agendas, calendarios, sudadera, y las conexiones de desarrollo informático para el ejercicio de la actividad. El teléfono, fax, móvil y similares son los de la empresa anterior. La actividad se desarrolla en local del Sr. Erasmo cedido a su hija en virtud de contrato de arrendamiento. Los clientes de la nueva empresa no son coincidentes con los de la anterior".

Las diferencias respecto al hecho original se refieren a que se sustituya en el párrafo primero la expresión de que la "actividad es muy similar a la desarrollada..." y, en el párrafo tercero, la de que "los medios para el desarrollo de la actividad son proporcionados por el franquiciador."

Respecto a la primera modificación, no se deduce sin género de dudas de los documentos que cita (información del Registro Mercantil, y un tríptico de publicidad, amén de algunas facturas), sin acudir a conjeturas o hipótesis, y en cualquier caso, poco relevante añade para la solución de recurso a la expresión de que la actividad de la empresa respecto a la que se solicita la ampliación de la ejecución seguida contra la primera es "muy similar" a la anterior.

Respecto a qué aporta el franquiciador al funcionamiento de la empresa que pretende se declare sucesora de la primera, aoya la propuesta de un limitado número de facturas emitidas por Cristalbox (seis) en las que constan los conceptos que pretende el recurrente se añadan al relato fáctico. No procede acceder a lo que solicita, pues de las mismas no se concluye, sin género de dudas y sin contradicción, que la juzgadora haya cometido error alguno en la valoración de la prueba, pues al margen de ellas, en el libro de facturas recibidas por Cristalcorviso S.L.U. constan otras muchas emitidas por el franquiciador, distintas de las que consigna el recurrente.

TERCERO.- En el siguiente motivo, que se deduce ya al amparo del art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por el recurrente se denuncia que el Auto recurrido, al desestimar la solicitud de ampliación de la ejecución contra Cristalcorviso S.L.U., infringió los artículos 240 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, 44 del Estatuto de los Trabajadores y la Directiva CEE 77/1987 y artículo 1.1.b) de la Directiva 2001/23 del Consejo de 12.03.01, entendiéndose que esa mercantil ha de ser considerada sucesora de Cristalcor de Sur S.L.U.



Son hechos relevantes para la solución del recurso que el solicitante de la ampliación de ejecución era trabajador de la mercantil Cristalcor de Sur S.L.U. presentó demanda el 9 de enero de 2014 solicitando que se declarara la extinción de su relación laboral, a la que se acumuló otra de reclamación de cantidad por impago de salarios. Se llegó a acuerdo en conciliación celebrada en el Juzgado de lo Social Número Uno de Sevilla el 15 de mayo de 2014, según el cual los demandados se comprometían a abonar 30.000 € en concepto de indemnización y salarios debidos, pagaderos en 36 mensualidades a partir de julio de 2014, consignándose que el incumplimiento de cualquier de los pagos conllevaría la reclamación de la totalidad de la deuda. Los pagos se vinieron realizando hasta febrero de 2015, y el actor solicitó la ejecución judicial de la deuda. contra los codemandados Cristalcol del Sur S.L.U. y Erasmo por escrito de 9 de abril de 2015, despachándose por Auto de 15 de abril de 2015.

El 30 de abril de 2016 se presentó escrito por aquel solicitando que se ampliara la ejecución contra Cristalcorviso S.L.U. La hija del titular de la anterior mercantil demandada constituyó esta última en marzo de 2015. La juzgadora deniega esa ampliación, considerando que no hay sucesión de empresa, fundamentalmente, porque hay un importante lapso temporal entre el cese de la actividad de la primera, que refiere se produjo "en 2014", y el inicio de la nueva, y en que no hay datos de transmisión de la titularidad de la empresa al nuevo empresario, entendida como la de los elementos patrimoniales que configuran la organización empresarial básica de la explotación, sin que haya habido trasvase de personal alguno de la primera a la segunda.

Dicho lo cual, conviene recordar ahora que el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, entre las que podemos citar la de 19.9.2012, Rec.u.d. 3056/2011 y de 6.7.2011 nº Rec. 41/11 , tras analizar su contenido en relación con la Directiva 1.1.a) de la Directiva 2001/23/CE, especifica que la sucesión empresarial ex art. 44 del Estatuto de los Trabajadores , al margen de los supuestos de sucesión de plantillas, "se articula sobre la concurrencia de dos requisitos básicos:

1º. Un requisito que se suele denominar subjetivo, consistente en la existencia de un cambio en la titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma.

2º. Se necesita otro requisito de carácter objetivo, pues se relaciona con el objeto de la transmisión. Así, la transmisión debe afectar a un conjunto organizado de bienes que sean aptos para llevar a cabo una explotación o, en los términos legales, una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, accesorio o esencial, preexistente", analizando posteriormente la evolución de la doctrina del TJUE, extraer del análisis de sus pronunciamientos las siguientes conclusiones:

a) En principio, la constitución de una contrata, la sucesión o la reasunción de la actividad no determinan de por sí un fenómeno transmisorio; sólo tienen tal consideración cuando van acompañadas de la transmisión de los elementos patrimoniales necesarios, algo que, por lo demás, debe apreciar el juez nacional efectuando una valoración de conjunto, como señaló en su momento el TJUE en el asunto Spijkers -STJUE 18-3-1986- y que después han seguido otros pronunciamientos (SSTJUE de 19 de mayo de 1992, asunto Redmond-Stichting; de 12 de noviembre de 1992, asunto Watson Rask; de 14 de abril de 1994, asunto Schmidt; dc 7 de marzo de 1996, asunto Merckx; de 10 de diciembre de 1998, asunto Hernández Vidal y otros; de 10 de diciembre de 1998, asunto Sánchez Hidalgo y otros; de 2 de diciembre de 1999, asunto Allen; de 26 de septiembre de 2000, asunto Didier Mayeur; de 25 de enero de 2001, asunto Oy Liikenn; de 24 de enero de 2002, asunto Temco; de 20 de noviembre de 2003, asunto Abler; de 15 de diciembre de 2005, asunto Nurten GüneyGórres; de 29 de julio de 2010, asunto PSP/UGT/Ayuntamiento La Línea; de 20 de enero de 2011, asunto Martín Valor).

Estas sentencias señalan que, entre los múltiples aspectos que el juez nacional debe valorar, se encontrarían el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate; el hecho de que haya habido o no una transmisión de los de los activos materiales, como edificios e inmuebles, así como el valor de los inmateriales en el momento de la transmisión; el hecho de que se haya transmitido o no la clientela; el grado de analogía entre las actividades anteriores y posteriores a la transmisión; la duración de la suspensión de la actividad; así como también el hecho de que el empresario nuevo se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores del predecesor. ..."

Entre los hechos declarados probados ahora conviene destacar, como relevantes para la solución del recurso, al margen de los hasta ahora consignados, que las actividades de una y otra empresa eran muy similares, fundamentalmente el montaje de cristales en automóviles, aunque también realizaban tareas de cristalería para hogares. La empresa para la que prestaba servicios el actor desde 2006, que quedó sin actividad, facturó a clientes hasta el 7 de mayo de 2015, aunque desde el 30 de junio de ese año y hasta finales de ese año siguió facturando a Cristalcorviso SLU, en concepto de venta de almacén o stock, por importe de 31.319,62 €. Por otra parte Cristalcorviso SLU, que asumió una actividad de franquicia coincidente, como ya hemos dicho, con la actividad de la anterior, empezó a facturar a clientes el 27 de mayo de 2015 y comenzó a comprar a



proveedores, a excepción de lo adquirido a Cristalcor del Sur S.L.U. el 7.10.15. La actividad, en consecuencia, hasta al menos esa fecha, se realizó con el stock proporcionado por la empleadora del ejecutante. Por otro lado, la nueva mercantil siguió realizando su actividad en la nave en que la desarrollaba la anterior, que arrendó al padre de la titular de la nueva mercantil, que a su vez lo era también de la anterior. Conservando, además, el mismo número de teléfono tanto fijo como de fax y móvil de aquella.

De estos datos concluimos que, al contrario de lo que resuelve la juzgadora en el Auto que ahora se recurre, sí hay sucesión contractual al amparo de lo dispuesto en el art. del Estatuto de los Trabajadores, pues sí hubo una transmisión de un importante activo material de la empleadora del actor a la mercantil de titularidad de la hija del titular de la primera, que han de ser considerados esenciales para el inicio de la actividad de esta. No sólo se realiza por esta la actividad en las mismas instalaciones que la primera, que han sido arrendadas al padre de la actora, titular de la mercantil empleadora del actor. Es que al margen de ello, se ha producido un trasvase importante de material de una a otra. En concreto, de todo el stock de la primera, por importe de algo más de 31.000,00 €, cantidad muy relevante para una empresa que sólo cuenta, según se declara probado, con un trabajador. Además, la empresa contra la que se pretende que se amplíe la ejecución conservó los números de teléfono fijo, de fax y móvil que la anterior, destacándose en el nombre comercial la parte coincidente con el nombre de la primera, en un intento sin duda de aprovechar, en lo posible, la anterior clientela. Y de las facturaciones más arriba consignadas, se deduce que la empleadora mantuvo cierta actividad hasta mayo de 2015, al constar alguna facturación a clientes, siendo emitida la primera factura por la nueva empresa a finales de mayo de 2015, es decir, prácticamente sin solución de continuidad, sin que conste por contra que le facturaran proveedores de material, al margen de Cristalcor del Sur SLU, hasta más de tres meses después, de lo que se deduce sin género de dudas que lo traspasado por Cristalcor del Sur era suficiente para el inicio y desarrollo de la actividad de CristalcorViso durante ese período.

Con estos antecedentes, con independencia de que la nueva empresa actuara como franquiciada en el ejercicio de la misma actividad de la anterior, no podemos sino concluir que sí hubo transmisión de empresa a los efectos del art. 44 del ET, con posterioridad a la constitución del título ejecutivo, según ha sido interpretado por el T.S. y por el TJUE, por lo que se ha de extender la ejecución acordada contra los inicialmente demandados en los autos 752/2014 también contra Cristalcorviso SLU, con estimación del recurso de suplicación interpuesto por el actor, con revocación del Auto recurrido.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. Agapito contra el Auto dictado el 10 de junio de 2016, que recurrido en reposición, fue confirmado por otro de 7 de julio de 2016, por el Juzgado de lo Social Número Uno de Sevilla, en ejecución de título ejecutivo seguido a instancias del recurrente contra Cristalcor del Sur SLU, Cristalcorviso SLU y Erasmo, debemos declarar y declaramos la responsabilidad solidaria de Cristalcorviso SLU en la ejecución despachada inicialmente contra Cristalcor del Sur SLU. y Erasmo

Notifíquese esta sentencia 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, así como que transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Asimismo se advierte al recurrente no exento que, si recurre, deberá acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito de 600 €, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta en la entidad Banco de Santander, en la Cuenta -Expediente nº 4052-0000-35-3117-16, especificando en el campo concepto, del documento resguardo de ingreso, que se trata de un "Recurso".

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.

PUBLICACIÓN: En Sevilla a trece de octubre de 2017.