



Roj: **STSJ GAL 170/2018 - ECLI: ES:TSJGAL:2018:170**

Id Cendoj: **15030340012018100083**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **15/01/2018**

Nº de Recurso: **4689/2017**

Nº de Resolución: **287/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ROSA MARIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 36038 44 4 2017 0001197

Equipo/usuario: MC

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0004689 /2017 MCR

Procedimiento origen: DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000301 /2017

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Víctor

ABOGADO/A: MANUEL PEREZ-BATALLON ORDOÑEZ

PROCURADOR: DOMINGO RODRIGUEZ SIABA

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: FOGASA, GALESPOR SL , AGENCIA SERVICIOS MENSAJERIA SA , TURMENS LOGISTICA URGENTE SL

ABOGADO/A:

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMA. SRA. D. ROSA RODRIGUEZ RODRIGUEZ

ILMA. SRA. D. PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

ILMA. SRA. D. RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a quince de enero de dos mil dieciocho.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, 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

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0004689 /2017, formalizado por el/la letrado D/D^a MANUEL PEREZ-BATALLON ORDOÑEZ, en nombre y representación de Víctor , contra la sentencia número 298 /17 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de PONTEVEDRA en el procedimiento DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000301 /2017, seguidos a instancia de Víctor frente a FOGASA, GALESPOR SL, AGENCIA SERVICIOS MENSAJERIA SA, TURMENS LOGISTICA URGENTE SL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a ROSA RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Víctor presentó demanda contra FOGASA, GALESPOR SL, AGENCIA SERVICIOS MENSAJERIA SA, TURMENS LOGISTICA URGENTE SL , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 298 /17, de fecha veintiuno de agosto de dos mil diecisiete

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

PRIMERO.- Don Víctor , con D.N.I. NUM000 vino prestando servicios para la empresa TURMENS LOGISTICA URGENTE S.L. desde el 26 de julio de 2016 en virtud de contrato indefinido, con categoría profesional de conductor repartidor, abonándole la demandada la cantidad de 976€ líquidos mensuales.

SEGUNDO.- TURMENS LOGISTICA URGENTE S.L. dio comienzo a sus operaciones en fecha 2 de mayo de 2013, teniendo su domicilio en POLIGONO INDUSTRIAL DEL TAMBO en Santiago de Compostela y como objeto social el transporte de mercancías por carretera y servicios de mensajería. Teniendo como administradores a Don Constantino y a Don Germán . Citada empresa y AGENCIA SERVICIOS MENSAJERIA S.A. ASM, con domicilio en Coslada, Madrid y constituida en julio de 1997, son Operadores de Transporte de Mercancías constituidas con arreglo a la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres, operando en tareas de reparto a través de un sistema de coordinación en la entidad ASM con una cámara de compensación de saldos de entradas y salidas entre todos los corresponsales integrantes de la red, controlando las facturas mensuales y emitiendo al mes un documento de cargo o abono según proceda a cada corresponsal. Ambas entidades firmaron en fecha 1 de mayo de 2013 contrato de arrendamiento de servicios para el correcto reparto de los envíos que le entregue la Red Nacional ASM en la zona de SANTIAGO DE COMPOSTELA NORTE. Doña Natalia es la empleada de ASM que se encarga de dirigir y coordinar el trabajo en diferentes centros de trabajo, entre ellos el de Villagarcía. Doña María Angeles presta servicios con la empresa TURMENS desde el 11 de julio de 2016, acordándose en fecha 10 de abril de 2017 la modificación del contrato, cambiando su categoría profesional y pasando el centro de trabajo de Villagarcía de Arousa a Santiago de Compostela. La citada trabajadora mantenía conversaciones frecuentes con doña Natalia sobre las entregas y circunstancias del trabajo.

TERCERO.- El demandante y otros tres compañeros de trabajo enviaron burofax en fecha 3 de febrero de 2017 a la empresa TURMENS LOGISTICA URGENTE S.L. en reclamación de diferentes derechos, manteniendo el actor y el Sr. Germán una conversación telefónica el día 7 del mismo mes sobre este tema. El sindicato UGT presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo el día 9 del mismo mes en relación a diferentes incumplimientos, convocando tres de los trabajadores asamblea para elecciones sindicales el día 17 de febrero de 2017. En fecha 14 de febrero de 2017 los cuatro trabajadores se dirigieron a la empresa SM poniendo de manifiesto esos incumplimientos y solicitando la actuación como mediadora y la retención de cantidades en su condición de responsable subsidiaria. En el mes de enero de 2017 la empresa dejó de satisfacer sus retribuciones, comunicándole el actor su decisión de resolver el contrato por incumplimiento culpable, presentando papeleta de conciliación el día 19 de mayo de 2017, celebrándose el acto sin avenencia. La inspección de Trabajo emitió informe el 25 de mayo de 2017.

CUARTO,- La empresa TURMENS entregó al trabajador carta de fecha 20 de abril de 2017 con el siguiente contenido: Muy Señor Mío, Desde la dirección de esta empresa, lamentamos comunicarle la decisión de amortizar su puesto de trabajo en base a lo establecido en el Artículo 52.c), en relación con el Artículo 51. 1, del Real Decreto Legislativo 212015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , siendo la fecha de efectos el próximo día 04/MAYO/2017. El hecho que motiva la decisión adoptada viene motivado por la retirada de la delegación de ASM TRANSPORTES URGENTES en Villagarcía De Arousa, principal contratista de nuestros servicios, lo que supone que el centro



de trabajo que disponemos en este municipio haya perdido su carga principal de trabajo, haciendo inviable el mantenimiento de su actual estructura de personal y viéndonos obligados al cierre del citado centro de trabajo en los próximos días, una vez se den por finalizados los pertinentes trámites administrativos al respecto. Además le informarnos de lo siguiente:]. El despido tendrá efectos el día 04 de Mayo de 2017.2. Se le preavisa con una antelación mínima de 15 días según se dispone en el Art. 53, J.c) Real Decreto Legislativo 212015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores . 3. Una vez expuestas las circunstancias y causas motivadoras, que comportan la acción extintiva de su puesto de trabajo, se procede en cumplimiento de la dispuesto en el Artículo 53 de la misma Ley , a hacerle saber, sil derecho a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, que en su caso, salvo error y en atención a su alta inicial y antigüedad reconocida del 2610712016, asciende a 737,71C (resultante de un salario diario de 44,266, incluida la parte proporcional de las pagas extras). De observarse algún error en este cálculo sepa que obedecerá únicamente a defectos en las operaciones aritméticas y que nos ofrecemos a su inmediata corrección. 4. Igualmente le comunicarnos que las dificultades de Tesorería que viene sufriendo la empresa en los últimos meses implican una actual falta de liquidez de ésta, reo pudiendo hacer frente a la fecha de la presente del importe de la referida indemnización. 5. A los efectos oportunos, y como usted bien conoce, no existe Representación Legal de los Trabajadores de la empresa. 6. En virtud, del Artículo 53.2 Real Decreto Legislativo 212015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , se le hace saber que desde la fecha de la presente y hasta la fecha de extinción de la relación laboral tiene usted el derecho, sin pérdida de retribución a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar un nuevo empleo. 7 Así mismo, le volvemos a recordar, nuestra entera disposición para facilitarle el acceso al resto de Información que considere oportuno revisar, e igualmente, decirle que esta Empresa, le hará entrega oportuna, de la documentación correspondiente en orden a que pueda tramitar oportuna solicitud de prestación por desempleo si así lo estima de interés. 8. Igualmente le infórmanos que el correspondiente. CERTIFICADO DE,EMPRESA será remitido telemáticamente ante el S.E.P.E. en orden a lo legalmente establecido en virtud de la Orden TJN 79012010 de 24 de Marzo). 9. Finalmente comunicarle, que desde la fecha de la presente comunicación hasta la fecha efectiva de cese de la relación laboral el próximo día 0410512017 podrá usted disfrutar de los días pendientes de descanso vacacional devengados desde el inicio de la relación laboral. Lamentando haber tenido que tomar esta decisión, le damos traslado de nuestro agradecimiento por años de servicio en esta Empresa y reiterar nuestro pesar por tener que proceder a la amortización de su puesto de trabajo. Sírvase firmar un duplicado de la presente a los efectos de dejar constancia de su recepción.

QUINTO.- La empleadora comunicó a ASIM a finales de abril que causaba bajo como corresponsal, procediendo a buscar con carácter urgente a otro corresponsal para la zona, encargándose la empresa GALESPORT S.L. de la entrega de paquetes en la zona de influencia de la anterior. En fecha 21 de marzo de 2017 la empresa GALESPOR S.L. solicitó en una página web personal con furgoneta propia para realizar transportes en la zona de Villagarcía. En el mes de abril de 2017 el demandante y uno de los administradores de la empresa GALESPOR mantuvieron una conversación a propuesta de doña Natalia en la que valoraron la posibilidad de prestar servicios para el trabajo en Villagarcía, bien como asalariado bien como autónomo.

SEXTO.- Se celebró en fecha 9 de junio de 2017 el preceptivo acto de conciliación con las empresas TURMENS LOGOSTICA URGENTE S.L. y AGENCIA SERVICIOS MENSAJERIA S.A. con el resultado de SIN AVENENCIA frente a la primera y SIN EFECTO con la segunda, que no consta citada. En fecha 27 de junio de 2017 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación frente a la empresa GALESPOR S.L. en virtud de papeleta presentada el día 15 del mismo mes, con el resultado de SIN AVENENCIA.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Estimando parcialmente la demanda interpuesta por DON Víctor frente a las empresas TURMENS LOGISTICA URGENTE S.L. AGENCIA SERVICIOS MENSAJERIA S.A. y GALESPOR S.L. declaro improcedente el despido del trabajador comunicado mediante carta de fecha 20 de abril de 2017, y en su consecuencia condeno a la demandada TURMENS LOGISTICA URGENTE S.L. al abono de la cantidad de 1200,54€ en concepto de indemnización, declarando la extinción del contrato a fecha del despido.

Absuelvo a AGENCIA SERVICIOS MENSAJERJA S.A. y GALESPOR S.L. de las pretensiones ejercitadas en su contra.

Ello con la intervención del FOGASA.

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

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 27/10/17.



SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 15/1/18 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y declara improcedente el despido del trabajador demandante de fecha 20 de abril de 2017, y condena a la demandada TURMENS LOGISTICA URGENTE S.L. al abono de la cantidad de 1200,54€ en concepto de indemnización, declarando la extinción del contrato a fecha del despido. Y absuelve a AGENCIA SERVICIOS MENSAJERIA S.A. y GALESPOR S.L. de las pretensiones ejercitadas en su contra.

Frente a ella el propio demandante interpone recurso de suplicación y al amparo del art. 193 b) de la Ley de la Jurisdicción Social pretende la revisión de los hechos declarado probados y antes de resolver sobre cada una de las modificaciones solicitadas hemos de partir, tal y como pone de manifiesto el recurrente, de la base de que el recurso de Suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de una segunda instancia, sino que resulta ser - SSTC 18/1993 (RTC 1993\18), 294/1993 (RTC 1993\294) y 93/1997 (RTC 1997\93)- de naturaleza extraordinaria, casi casacional, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada en autos.

Tal naturaleza se plasma en el art. 193 de la LRJS cuya regulación evidencia que para el legislador es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba, al incluir también la conducta de las partes en el proceso: STS 12/06/75, para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan los arts. 316, 326, 348 y 376 LEC, así como el art. 97.2 LRJS. Y esta atribución de la competencia valorativa al Magistrado a quo es precisamente la que determina que el Tribunal Superior ha de limitarse normalmente a efectuar un mero control de la legalidad de la sentencia y sólo excepcionalmente pueda revisar sus conclusiones de hecho precisamente cuando de algún documento o pericia obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error del Juez «a quo».

Y esta naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación supone que los hechos declarados como probados pueden ser objeto de revisión, mediante este proceso extraordinario de impugnación, si concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;
- b) Que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas. Así las cosas a los efectos modificativos del relato de hechos siempre serán rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente hasta el punto de que -precisamente- se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia 03/03/00 R. 499/00).
- c) Que carecen de toda virtualidad revisoria las pruebas de interrogatorio de parte y testifical; tampoco es hábil a estos efectos el acta del juicio por no constituir «documento» en el sentido del art. 193.b LRJS alusivo a la prueba documental señalada en el art. 196.2 LRJS, y por no tratarse propiamente de un medio de prueba sino de mera síntesis de la que se ha aportado en juicio, en manera alguna modificativa de los medios utilizados en aquél;
- d) Que la convicción del Juzgador ha de obtenerse a través de la prueba practicada en el correspondiente procedimiento y no viene determinada - vinculadamente- por las conclusiones deducidas por el mismo u otro órgano jurisdiccional en procedimiento diverso y dotado de diferente prueba, por lo que - salvo los efectos de la litispendencia y cosa juzgada-no trascienden a procesos ajenos las declaraciones fácticas llevadas a cabo en una determinada sentencia;
- e) Que el recurrente ha de ofrecer el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;



f) Que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error, si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;

g) Que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Y así pretende la revisión:

A) del hecho probado primero y su sustitución por lo siguiente: "D. Víctor fue contratado para prestar sus servicios en el centro de trabajo de Turmens Logística Urgente, SL, del municipio de Vilagarcía de Arousa, sito en el Km. 234, de la Carretera nacional 640, en Ande - Rubianes, Vilagarcía de Arousa (CP 36619 - Pontevedra). Dicho centro fue trasladado posteriormente al lugar de Perrón, nº 1, también en Rubianes, municipio de Vilagarcía de Arousa (CP 36619 - Pontevedra).

Este centro constituía la Agencia número 362 de la Red ASM promovida por la codemandada Agencia Servicios Mensajería, SA, y gestionada por la otra codemandada, Turmens Logística Urgente, SL, y emitía sus facturas por separado, dentro de esta empresa bajo la denominación "VAROUSA".

Desde dicho centro de Vilagarcía de Arousa, se atendía a las recogidas y entregas de clientes propios de Turmens así como de clientes que utilizaban la red de ASM respecto, entre otras, de las siguientes zonas ordenadas y distribuidas por sus códigos postales: 36192 ARMENTEIRA, 36616 PARADELA (MEIS), LEIRO (SAN XOAN), 36635 OUBIÑA (SAN VICENZO), 36636 RIBADUMIA (SANTA BAIA); 36637 MEIS (SAN MARTIN), 36638 SISAN, 36615 CALDAS DE REIS; y 36656 CALDAS DE REIS; 36600 y demás de VILAGARCÍA DE AROUSA."

Admitimos que el centro de trabajo en el cual prestaba sus servicios para Turmens, es el sito en el Km. 234, de la Carretera nacional 640, en Ande - Rubianes, Vilagarcía de Arousa (CP 36619 - Pontevedra), porque así consta en el contrato de trabajo del demandante unido con la demanda, en su cláusula primera,

No su cambio de lugar porque tal y como alega es un hecho conforme.

El número de las agencias tampoco se discute, pero el hecho de que emitía sus facturas por separado no consta en la documental, ni tampoco el resto ya que la calificación de clientes propios o zonas que utilizaban la red de ASM, es intrascendente y desde luego no acredita la cesión de clientes y rutas del centro de trabajo de Vilagarcía para justificar la aplicación del artículo 44, ni que dicho centro tuviera una clientela propia, personal o modelo de gestión diferente del resto de las agencias.

Y además no tenemos en cuenta los Whatsapp ya que no pueden ser tenidos en cuenta para la revisión, aunque sí para fijar la convicción del juzgador respecto de los hechos (ATS 20-10-2016).

B) del hecho probado segundo, cuyo nuevo texto contiene una extensión de casi cuatro páginas (que no reproducimos) y pretende que sea sustituido por el o por el semejante que la Sala de suplicación considere ajustado a la prueba practicada y relevante para la resolución del caso, instando así a que la Sala valore nuevamente toda la documental, lo que es a todas luces improcedente y que además de su lectura si bien son ciertas muchas de sus afirmaciones por objetivas otras son valorativas y concluyentes y en modo alguno tienen apoyo documental que permita la revisión y que por ello no se admite.

Así "La agencia de ASM SA, ubicada en Vilagarcía de Arousa (Provincia de Pontevedra), con el número de orden o código 362, fue gestionada, hasta su cierre, por la misma Turmens Logística Urgente, SL, sin que conste la existencia de contrato escrito para su encargo y regulación ni para su cierre". Hecho negativo que no tiene cabida en los hechos probados.

Cuando además en el contrato se hace constar que... ""El presente contrato no supone la concesión de una zona de exclusiva a favor del corresponsal. La zona asignada al corresponsal es la zona en la que el corresponsal prestará sus servicios con carácter prioritario frente a otras agencias ASM. En este sentido, es esencial para que el presente contrato pueda desarrollarse sin conflictos entre las agencias integrantes de la red ASM, que se respeten las siguientes reglas:

A pesar de no existir exclusividad de zona, se sobreentiende que cada corresponsal prestará sus servicios dentro de su zona de influencia.

Se entenderá que un cliente es de ASM, sólo si tiene un contrato comercial firmado bajo la marca ASM y/o la razón social de la agencia ASM.

En caso de conflicto entre distintas agencias ASM, la Central intervendrá como mediadora, procurando que ambas partes solucionen sus diferencias de manera satisfactoria.

En las grandes urbes, las agencias se encargarán de las recosidas de SUS CLIENTES. Fuera de las grandes urbes, sólo se admitirán las denominadas recogidas cruzadas."



Y C) del hecho probado tercero que dice: El demandante y otros tres compañeros de trabajo enviaron burofax en fecha 3 de febrero de 2017 a la empresa TURMENS LOGISTICA URGENTE S.L. en reclamación de diferentes derechos, manteniendo el actor y el Sr. Germán una conversación telefónica el día 7 del mismo mes sobre este tema. El sindicato UGT presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo el día 9 del mismo mes en relación a diferentes incumplimientos, convocando tres de los trabajadores asamblea para elecciones sindicales el día 17 de febrero de 2017. En fecha 14 de febrero de 2017 los cuatro trabajadores se dirigieron a la empresa SM poniendo de manifiesto esos incumplimientos y solicitando la actuación como mediadora y la retención de cantidades en su condición de responsable subsidiaria. En el mes de enero de 2017 la empresa dejó de satisfacer sus retribuciones, comunicándole el actor su decisión de resolver el contrato por incumplimiento culpable, presentando papeleta de conciliación el día 19 de mayo de 2017, celebrándose el acto sin avenencia. La inspección de Trabajo emitió informe el 25 de mayo de 2017.

Y su sustitución por lo siguiente: "Desde el día 8 de febrero de 2017, una empleada de ASM SA, encargada de coordinar desde, al menos, el año 2014, las relaciones de las agencias de Galicia de ASM con la central de ésta, D" Natalia , se incorporó a la plantilla del centro de Vilagarcía de Arousa de Turmens para dirigir el mismo e, incluso, trabajar como conductora-repartidora. Además, preparó y dirigió el traspaso de las líneas de reparto y de los clientes que gestionaba este centro de trabajo de Turmens a favor de la propia ASM o de otra empresa del sector que gestionaban otras de sus agencias. Finalmente, la empresa elegida fue la codemandada, GALESPOR, sociedad limitada.

Entre los meses de marzo y abril de 2017, ASM, SA, dio de baja la delegación de Vilagarcía de Arousa nº 362 que gestionaba Turmens y le entregó todos los datos de clientes y rutas que éste gestionaba a la agencia 762 de Poio, gestionada por la codemandada GALESPOR, SL.

En fecha 21 de marzo de 2017, la empresa GALESPOR, S.L., solicitó en una página web personal con furgoneta propia para realizar transportes en la zona de Vila garcía de Arousa.

El día 29 de marzo de 2017, a las 16.55 horas, D" Natalia envió un mensaje escrito "wahtsapp" (wasap, en adelante), al teléfono móvil de D. María Angeles (empleada de Turmens que trabajaba como administrativa y coordinadora de recogidas y entregas en el centro de trabajo de Vilagarcía de Arousa desde hacía más de tres años), para que ésta le enviase el número de teléfono y datos de contacto del demandante, D. Víctor , con el fin de remitirlo a hablar con el representante legal de GALESPOR, SL, para que le hiciera una propuesta y continuara trabajando con ellos para realizar las entregas y recogidas, como conductor, de las líneas que venía realizando para Turmens desde el centro de trabajo de Vilagarcía de Arousa.

Pocos días después, el demandante tuvo la reunión con dicho representante legal de GALESPOR, SL, quien le confirmó que en la semana siguiente, en concreto, el lunes 10 de abril, se harían cargo de las entregas y recogidas que llevaba el centro de Vilagarcía de Turmens y que D. Natalia le había pedido que contasen con él para ese trabajo porque ya conocía la ruta y tenía experiencia. El representante de GALESPOR, SL, le puso como condición para contratarle que se diese de alta en autónomos y les facturase, si bien GALESPOR, se comprometía a pagarle la cuota de cotización a la Seguridad social como autónomo, un sueldo mínimo fijo más una cantidad por cada servicio o nota de entrega o recogida de mercancía que hiciese cada día. Incluso, se ofreció a estudiar el facilitarle la - furgoneta para el trabajo. D. Víctor no aceptó porque no quería darse de alta como empresario autónomo, sino que le contratasen como asalariado o trabajador por cuenta ajena, tal como estaba en Turmens".

Que tampoco admitimos no solo por lo ya expuesto, sino por valorativa, concluyente y predeterminante del fallo.

2- Como segundo motivo del recurso y al amparo del Art. art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , que tiene por objeto el examen de la normativa aplicada en la Sentencia recurrida, se denuncia la infracción por interpretación errónea del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y 6.4 del Código civil .

Le denuncia no se admite, la subrogación que se demanda se ampara en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , ni subrogación pactada ni convencional y el único apoyo es el contrato de arrendamiento de servicios entre la empresa Agencia servicios Mensajería SA, ASM y Turmens Logística Urgente y el hecho alegado por el demandante, y admitido por la sentencia recurrida de que Galespor SL ha asumido clientela de Turmens y de ello no resulta la responsabilidad solidaria de las demandadas.

Y todo porque el art 44 del Estatuto de los Trabajadores establece que ...El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su



normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

Y en su apartado 2. «A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizado a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio».

La sentencia del TS de 23 de septiembre de 2014 recoge los criterios para apreciar la existencia de sucesión de empresa, y citando la sentencia de 28 de abril de 2007, ha examinado el fenómeno de la sucesión empresarial, sus requisitos y consecuencias y ha establecido lo siguiente: «Procede señalar a este respecto que la sucesión de empresa, regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores impone al empresario que pasa a ser nuevo titular de la empresa, el centro de trabajo o una unidad productiva autónoma de la misma, la subrogación en los derechos laborales y de Seguridad Social que tenía el anterior titular con sus trabajadores, subrogación que opera "ope legis" sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes, sin perjuicio de las responsabilidades que para cedente y cesionario establece el apartado 3 del precitado artículo 44.

La interpretación de la norma ha de realizarse, tal como retiradamente ha venido señalando la jurisprudencia de esta Sala, a la luz de la normativa Comunitaria Europea -Directiva 77/187 CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de empresas o de centros de actividad, sustituida por la Directiva 98/50 CE de 29 de junio de 1998 y por la actualmente vigente Directiva 2001/23 CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001 - y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La sentencia de 12 de diciembre de 2002, recurso 764/02, con cita de la de 1 de diciembre de 1999 establece lo siguiente: "El supuesto de hecho del art. 44 del E.T al que se anuda la consecuencia jurídica de la sucesión o subrogación de un nuevo empleador en la posición del anterior empresario, presenta una cierta complejidad. La ley española lo describe en términos genéricos como "cambio de titularidad" de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma". Dejando a un lado el caso especial de sucesión en la empresa "mortis causa" a que se refiere el art. 49.1 g. del ET, los acontecimientos constitutivos del cambio de titularidad de la empresa o de alguno de sus elementos dotado de autonomía productiva, han de ser, siguiendo la formulación de la propia ley española, actos "inter vivos" determinantes de una "transmisión" del objeto sobre el que versa (la "empresa" en su conjunto, un "centro de trabajo", o una "unidad productiva autónoma") por parte de un sujeto "cedente", que es el empresario anterior, a un sujeto "cesionario", que es el empresario sucesor.

La Directiva 98/59 CE, de 29 de junio de 1.998, ha aclarado este concepto genérico de transmisión o traspaso de empresa, a través de una serie de precisiones sobre el significado de la normativa comunitaria en la materia. Esta aclaración se efectúa, según puntualiza el preámbulo de dicha disposición de la CE, "a la luz de la jurisprudencia" del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. La exposición de motivos de la propia Directiva 98/50 se encarga de señalar a continuación, que la aclaración efectuada "no supone una modificación del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE de acuerdo con la interpretación del Tribunal"

Una primera precisión sobre el concepto de transmisión o traspaso de empresa del nuevo art. 1 de la Directiva Comunitaria se refiere a los actos de transmisión de empresa comprendidos en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria, que pueden ser una "cesión contractual" o una "fusión" (art. 1.a.). Una segunda precisión versa sobre el objeto de la transmisión en dichos actos de transmisión o traspaso, que comprende en principio cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiendo por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio" (ar. 1.b). Una tercera precisión del concepto de transmisión de empresa en el Derecho Comunitario, que no viene al presente caso, trata de las modalidades de su aplicación en las empresas y Administraciones Públicas (art. 1.c.)"

La normativa Comunitaria alude a "traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad" (artículo 1. a) de la Directiva 2001/23/CEE, del Consejo de 12 de marzo de 2001), en tanto el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a "cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma", utilizándose en el apartado 2 de dicho artículo 44 la expresión "transmisión", procediendo a establecer en que supuestos se considera que existe sucesión de empresa de forma similar a la regulación contenida en el artículo 1 b) de la Directiva . En efecto, a tenor del precepto, se considera que existe sucesión de empresa , cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio (art. 1 b de la Directiva).

El elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos ahora examinados, consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude (sentencias del



Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986, Spijkens, 24/85; de 11 de marzo de 1997, Süzen, C-13/95; de 20 de noviembre de 2003, Abler y otros, -340/01 y de 15 de diciembre de 2005, Guney-Gorres, C.232/04 y 233/04). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (sentencia de 19 de septiembre de 1995, Rygaard, C-4888/94), infiriéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Süzen y Abler y otros, antes citadas).

Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y de la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (asunto Süzen antes citado).

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2012, contiene el siguiente razonamiento: «La sentencia más reciente de esta Sala de fecha 30 de mayo de 2011 (rcud 2192/2010), recuerda que si bien la doctrina de esta Sala es constante al afirmar con carácter general que la extinción de la contrata y la asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial, "no es menos veraz que tal criterio general resulta inaplicable cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad mediante sucesivas contratas con diferentes empresas, decide asumir aquella y realizarla por sí misma, pero haciéndose cargo del personal de la empresa contratista, supuesto en el cual puede decirse que se ha producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el referida art. 44 ET y en las diversas Directivas de la que aquél es transposición [77/1987; 98/50; y 2001/23] (así, la STS 27/06/08 -rcud 4773/06-, a contrario sensu). Como es también inatendible el criterio general cuando -así se ha dicho interpretando esa Directivas comunitarias- la transmisión vaya referida a cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiendo por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria"; o el "conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio".

Significa lo anterior que en estos supuestos de subrogación convencional «la naturaleza del fenómeno subrogatorio es singular también en sus efectos: a) Se asume a los trabajadores del empresario saliente (en las condiciones previstas por el convenio) en un caso en que ni la norma comunitaria ni la Ley española obligan a ello. b) La realidad material de que la mayoría de trabajadores está al servicio del nuevo empleador provoca una "sucesión de plantilla" y una ulterior "sucesión de empresa". c) Esta peculiar consecuencia no altera la ontología de lo acaecido, que sigue estando gobernado por el convenio colectivo. d) Puesto que si no existiera el mandato del convenio tampoco habría subrogación empresarial, la regulación pactada aparece como una mejora de las previsiones comunitarias amparada por el carácter mínimo de la Directiva (art. 8 de la Directiva 2001723/CE) o la condición de Derecho necesario relativo de la Ley (arts. 3.3 y 85.1 ET). Este resultado, sin duda peculiar, no solo se explica por la necesidad de cohesionar previsiones de cuerpos normativos con ópticas muy heterogéneas (comunitaria, estatal, convencional) sino también por el necesario respeto a los principios de norma mínima y primacía del Derecho Comunitario. La continuidad laboral de los contratos está en manos del convenio colectivo y esa regulación es la que de aplicarse en todo lo que sea compatible con las restantes... » (así, la ya referida STS -Pleno- 07/04/16 -rcud 2269/14-).

Pero el art 44 del Estatuto de los Trabajadores exige e impone para que opere la subrogación, que empresario pase a ser nuevo titular de la empresa, del centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, que lo transmitido sea una entidad económica organizada y que asuma la gestión y explotación sin solución de continuidad y haciéndose cargo de todos los trabajadores. Situación que no concurre en caso de autos en el que no solo no se ha hecho cargo de todos los trabajadores, sino que no ha habido transmisión ni de los medios materiales, como vehículos para el propio transporte, ni del centro de trabajo, lo unifico que Galespor asume (por medio de un contrato con ASM) es el servicio de reparto de una zona y la utilización del soporte informático de ASM, para llevar a cabo ese servicio y que es utilizado por el resto de empresas que forman la red. Se trata de unos corresponsales de transporte, con contrato de corresponsalía, lo que no determina la aplicación del artículo 44 a ninguno de los demandados.



Desprendiéndose de todo ello que la sentencia recurrida es plenamente acorde con el ordenamiento jurídico y en consecuencia no vulnera la normativa que por la parte recurrente se invoca, por lo que procede previa desestimación del recurso dictar un pronunciamiento confirmatorio del impugnado; en consecuencia,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Víctor contra la sentencia de fecha 21-8-2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra en el Procedimiento nº 301-2017 sobre despido, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de este T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.