



Roj: **STSJ CV 106/2019 - ECLI: ES:TSJCV:2019:106**

Id Cendoj: **46250340012019100068**

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

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **17/01/2019**

Nº de Recurso: **3568/2018**

Nº de Resolución: **132/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA MERCEDES BORONAT TORMO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

1

Recurso de Suplicación 3568/18

### **Recurso de Suplicación 003568/2018**

Ilmo/a. Sr/a. Presidente D/D<sup>a</sup>. Isabel Moreno de Viana Cárdenas

Ilmo/a. Sr/a. D/D<sup>a</sup>. MARIA MERCEDES BORONAT TORMO

Ilmo/a. Sr/a. D/D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Carmen López Carbonell

En València, a diecisiete de enero de dos mil diecinueve.

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

### **SENTENCIA N° 000132/2019**

En el Recurso de Suplicación 003568/2018, interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de septiembre de 2017, dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL N° 3 DE ALICANTE, en los autos 000553/2016, seguidos sobre DESPIDO-CANTIDAD, a instancia de Otilia asistida por la Graduado Social D<sup>a</sup> Ana M<sup>a</sup> Escamilla Pozuelo, contra FONDO DE GARANTIA SALARIAL y JIMI RUSKI, S.L., y en los que es recurrente Otilia, ha actuado como Ponente el/a Ilmo/a. Sr/a. D./D<sup>a</sup>. MARIA MERCEDES BORONAT TORMO.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: "FALLO: Debo ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por Doña Otilia, con DNI n° NUM000 y afiliación a la Seguridad Social n° NUM001, contra la mercantil JIMI RUSKI S.L., con CIF B-54525977, y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, y, en consecuencia, procede declarar IMPROCEDENTE el despido efectuado con efectos desde el día 20 de julio de 2016, por lo que debo condenar y condeno a la empresa JIMI RUSKI S.L. a que, a su elección, readmita a Doña Otilia en iguales condiciones a las que regían con anterioridad al despido con fecha de efectos 20 de julio de 2016, o le indemnice en la cantidad de 8857,08 euros brutos, en su caso con las deducciones y descuentos legalmente procedentes. Dicha opción deberá ser ejercitada en el plazo de CINCO DÍAS desde la notificación de la presente sentencia, advirtiéndose a la citada empresa que de no ejercitar ningún tipo de opción de forma "expresa", se entenderá que procede la "readmisión". El FOGASA deberá de responder del pago de las cantidades salariales reclamadas en los términos previstos en el art.33 ET. Asimismo, procede condenar a la empresa JIMI RUSKI S.L. a abonar a la trabajadora demandante la cantidad total de 1631,22 euros brutos en concepto de cantidades devengadas no abonadas (856,57 euros brutos por 20 días de la nómina del mes de Julio de 2016; 642,45 euros brutos por la falta de preaviso; 64,24 euros brutos en concepto del permiso retribuido de 6 horas semanales para la búsqueda de empleo; y 67,96 euros brutos en concepto de diferencias salariales por el convenio alegado como aplicable), un importe total (1631,22 euros brutos) que se verá incrementado, por separado, en un interés anual del 10% desde el momento en que las cantidades



debieron de ser abonadas. El FOGASA deberá de responder del pago de las cantidades salariales reclamadas en los términos previstos en el art.33 ET".

**SEGUNDO** .- Que en la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes: "PRIMERO.- Doña Otilia , con DNI nº NUM000 y afiliación a la Seguridad Social nº NUM001 , prestó sus servicios profesionales en la empresa BONS MOSSOS S.L., con CIF B-97246573, dedicada a la actividad de CAFE BAR, a partir del 18 de agosto de 2003, prorrogándose dicho contrato del 1 de octubre al 31 de diciembre de 2003, percibiendo una retribución media de 34,86 euros brutos diarios, finalizando en dicha fecha; después suscribieron ambas partes contrato de duración determinada (eventual circunstancias de la producción) del 1 de enero al 16 de mayo de 2004, en la categoría profesional de CAMARERA, jornada a tiempo completo de 40 horas semanales de Lunes a Domingo, y con retribución según convenio, un contrato que fue convertido en indefinido en jornada a tiempo completo. SEGUNDO.- Mediante escrito de fecha 31 de octubre de 2009, la citada empresa comunicó a la trabajadora aquí demandante que había transmitido el local donde prestaba servicios a la empresa EUROMONTYS 100 MONTADITOS S.L., que empezaría a desarrollar su actividad allí el 1 de noviembre de 2009, y que a partir de entonces sería integrada en dicha empresa con los derechos de la anterior, específicamente la antigüedad laboral y los salarios (folio 51). Una empresa donde permanecería hasta el 31 de octubre de 2010, mediante contrato indefinido ordinario (informe de vida laboral, folio 146). TERCERO.- La andadura en la empresa aquí demandada (JIMI RUSKI S.L.) comenzó el 1 de noviembre de 2010, bajo la misma modalidad contractual de la empresa anterior (indefinido ordinario), y se extendería hasta el 20 de julio de 2016, mediante contrato indefinido ordinario, categoría profesional de CAMARERA, salario de 1284,86 euros brutos diarios (42,82 euros brutos diarios), y siendo aplicable el convenio colectivo provincial de hostelería. Unos hechos todos ellos no controvertidos. CUARTO.- Por escrito fechado el 20 de julio de 2016, la empresa demanda le comunicó su despido objetivo con esa misma fecha de efectos (20 de julio de 2016), argumentando la necesidad de amortizar su puesto de trabajo por causas productivas, económicas y organizativas que explicó, poniendo a su disposición la indemnización por despido, y advirtiéndole que se le descontarían los días de vacaciones que de más había disfrutado en el período de 2016 (7 días), tal y como obra en los folios 12 y 13 de las presentes actuaciones. La empresa demandada reconoció en Sala la improcedencia del despido. QUINTO.- En fecha 23 de agosto de 2016, tuvo lugar sin avenencia el acto de conciliación administrativa. SEXTO.- La demandante no ocupó en el último año la condición de representante legal o sindical de los trabajadores".

**TERCERO** .- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte Otilia siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al Ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La sentencia de la instancia, que estima en parte la demanda de la actora, al condenar a la empresa por diversas diferencias solicitadas, rechazando la diferencia de indemnización basada en una mayor antigüedad, es recurrida en suplicación por la actora, que plantea diversos motivos al amparo de los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Como revisión de hechos, se pretende por la actora la de los hechos segundo y tercero de la sentencia de instancia. En el tercero, para que conste la mención contenida en el contrato suscrito con la última empleadora que señala: "*La empresa reconoce a la trabajadora en sus nóminas una antigüedad desde el 1 de noviembre de 2009*", con base en la propia declaración de la empresa en juicio y en los documentos obrantes a los folios 118 a 145 consistentes en las nóminas donde así se reconoce. También se pretende, en relación con el hecho segundo, que en el mismo se haga constar que "*La antigüedad de la trabajadora a efectos del despido es del 18 de agosto de 2003*", y que "*Con fecha 1 de noviembre de 2010 y sin solución de continuidad, la trabajadora comenzó a prestar servicios para la mercantil JIMI RUSKI SL que reconoció los efectos de la antigüedad de la trabajadora retroactivos al 1 de noviembre del 2009, fecha de subrogación con la empresa EUROMONTYS 100 MONTADITOS*".

Y debemos aceptar la primera de las revisiones solicitadas al constar de forma expresa el reconocimiento de antigüedad manifestado por la empresa, y constatado en las nóminas aportadas. Sin embargo, y respecto a la revisión del hecho segundo, con independencia de aceptar que el inicio de la prestación de servicios con la última empresa se llevó a cabo sin solución de continuidad, pasando la actora de prestar servicios para Euromontys el día 31 de octubre del 2010 a hacerlo para Jimi Rusty el siguiente día 1 de noviembre del mismo año, que se reconoce por la propia sentencia de instancia, no cabe aceptar sin más el resto de adiciones, pues la discusión sobre los derechos de antigüedad de la trabajadora, en relación con la indemnización a percibir por



consecuencia del despido reconocido como improcedente, es, precisamente, el objeto concreto del presente recurso.

**SEGUNDO** .- En el segundo motivo, y con el amparo del apartado c) del precepto procesal antes citado, se señala la infracción de los arts 44 y 49 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores , señalando que si la empresa aceptó la antigüedad de la trabajadora, de forma expresa, al año anterior al nuevo contrato laboral, y en esa fecha estaba prestando servicios para la empresa Eurmontys que había sucedido a la anterior Bon Moss, la antigüedad a computar debe ser, por imperativo del art 44 ET la del contrato inicial, al no haber existido suspensión alguna en la prestación de servicios y por concurrir los requisitos legalmente establecidos para estimar producida una sucesión empresarial. Por ello, solicita que la indemnización a percibir por la trabajadora, descontando lo ya percibido, debe ser de 15016,68 euros, dado que el inicio de la prestación de servicios de la actora, y por tanto, su antigüedad, se corresponde con la fecha de su contrato inicial suscrito en fecha 18 de agosto del 2003.

Por el contrario, señala la empresa demandada que hay que distinguir entre la antigüedad reconocida, y el efectivo tiempo de prestación de servicios para la empresa por la trabajadora, con independencia de las prestaciones anteriores, respecto de las cuales no puede aceptarse una subrogación que Jimi Ruski SL no asumió en el pase de la empresa anterior a la actual. Por tanto, niega la existencia de una subrogación, pues ni con la empresa anterior ni con la trabajadora se negociaron tales circunstancias, ni se documentó que la transmisión lo fuera de una unidad productiva.

A la vista de las alegaciones de las partes resulta necesario mencionar cual es la doctrina general sobre la subrogación en las relaciones de trabajo establecida en el artículo 44 ET , la cual se puede resumir distinguiendo de un lado los puntos que se refieren al hecho o acto de la transmisión de empresa y de otro lado los relativos al objeto de dicha transmisión.

A).- En cuanto al objeto de la transmisión en los supuestos de sucesión de empresa, deben destacarse aquí los siguientes puntos de nuestra doctrina jurisprudencial:

- 1) el objeto de la transmisión ha de ser "un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio";
- 2) dicho objeto "no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial" reduciéndose "en determinados sectores económicos como los de limpieza y vigilancia" "a su mínima expresión", en tanto en cuanto "la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra";
- 3) de lo anterior se desprende que "un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica [objeto de la transmisión determinante de la sucesión de empresa] cuando no existen otros factores de producción";
- 4) por el contrario, no se considera que hay sucesión de empresa "si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior";
- 5) el mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida "continúe efectivamente" o que luego "se reanude".

B).- En cuanto a los hechos o actos de transmisión los puntos doctrinales a destacar para la decisión del caso son los siguientes:

- 6) La expresión del artículo 44.1 ET "transmisión de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva" es equivalente a la expresión del artículo 1 a) de la Directiva comunitaria vigente "traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad";
- 7) el acto o hecho de "transmisión de un conjunto de medios organizados" no requiere necesariamente que haya transmisión de elementos patrimoniales del cedente al cesionario;
- 8) tampoco es imprescindible que exista en la transmisión de empresas o unidades productivas una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario, vinculación o tracto directo que tiene un mero valor indiciario de la existencia de sucesión de empresa;
- 9) puede producirse, por tanto, la cesión o transmisión de empresas o unidades productivas a través o por mediación de un tercero propietario, arrendador, o dueño de la obra.

Merecen destarse dos puntos doctrinales más de carácter general conviene reseñar de la jurisprudencia en la materia, que no está de más resaltar para la solución del caso controvertido o de otros semejantes:



10) para determinar en un supuesto concreto si se reúnen los requisitos necesarios para las transmisión de una empresa o unidad productiva "han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate", entre ellos "el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate", "el que se hayan transmitido o no elementos materiales como edificios o 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", "el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión" y "la duración de una eventual suspensión de dichas actividades";

11) la obligación de subrogación en las relaciones de trabajo (" sucesión de empresa") generada en los supuestos normativos reseñados de la normativa comunitaria y del artículo 44 ET opera por imperativo de la ley (ope legis), sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes del contrato de trabajo".

Pues bien sobre la base de esta compleja doctrina sobre la sucesión de empresa resumida en los puntos anteriores debemos entender que, en el supuesto de hecho concreto, y aunque entre la empresa última empleadora y la anterior no existiera un documento que expresara la existencia de una sucesión empresarial, ésta se ha producido de forma efectiva, pues tanto la empresa anterior, y la que la precedió, como la actual, tenían el mismo objeto, la actividad precisaba de los mismos elementos materiales, que acompañaron al local en el momento de la transmisión del negocio, y que dicha transmisión fue acompañada por al menos dos de los trabajadores que prestaban servicios anteriormente. El hecho de que la nueva empresa, ahora recurrida, suscribiera con los empleados nuevo contrato laboral, sin reconocerles los derechos derivados de la sucesión, no implica que ésta no deba declararse, al tratarse de una situación "ope legis". Consta que la actividad mercantil no se suspendió ni un solo día, y aunque se trate éste de un mero hecho referencial para determinar la existencia de la indicada sucesión, es determinante de la sucesión, que la interrupción en la actividad no se produjera, siendo, por tanto, también en su apariencia externa, una empresa sucesora

Por tanto, procede, estimar el recurso, procediendo a condenar a la empresa demandada al pago de las diferencias indemnizatorias procedentes, resultado de computar como su real antigüedad la del primero de los contratos que se narran en los hechos probados de la sentencia de instancia

**TERCERO** .- No procede imponer condena en costas.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA Otilia , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.TRES de los de ALICANTE, de fecha 14 de septiembre del 2017 ; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación del recurso condenamos a la empresa JIMI RUSKI SL a que haga pago a la actora, como diferencias en la indemnización por despido improcedente, de la cantidad de 15.016,86 euros.

En aplicación de lo previsto en el art 111 de la LRJS la parte empresarial podrá optar en el plazo y terminos señalados en dicho precepto por modificar el sentido de su opción, si ello le conviniese

Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicando que contra la misma cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse dentro del plazo de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación, mediante escrito dirigido a esta Sala, advirtiendo que quien no tenga la condición de trabajador, no sea beneficiario del sistema público de la Seguridad Social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 600'00 € en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco de Santander, cuenta **4545 0000 35 3568 18**. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en dicha cuenta, indicando la clave **66** en lugar de la clave **35** . Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

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.

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

**PUBLICACIÓN** .- En València, a dieciocho de enero de dos mil diecinueve.

En la fecha señalada ha sido leída la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente en audiencia pública, de lo que yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia, doy fe.