



Roj: **STSJ GAL 683/2019 - ECLI: ES:TSJGAL:2019:683**

Id Cendoj: **15030340012019100528**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **20/02/2019**

Nº de Recurso: **3588/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **CARLOS VILLARINO MOURE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 36057 44 4 2018 0000629

Equipo/usuario: MC

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0003588 /2018 -MJC

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000123 /2018

RECURRENTE/S D/ña Celso

ABOGADO/A: FUCO AUGUSTO GOMEZ PINO

RECURRIDO/S FOGASA, Conrado , Cornelio

ABOGADO/A: LETRADO DE FOGASA, JOSE MANUEL LORENZO FERNANDEZ , IGNACIO EDUARDO ALEN HERMIDA

ILMO SR. D. ANTONIO J. GARCIA AMOR,

ILMA SRª Dª BEATRIZ RAMA INSUA,

ILMO SR. D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a veinte de febrero de dos mil diecinueve.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la 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

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION **3588/2018**, formalizado por el letrado D. Fuco Augusto Gómez Pino, en nombre y representación de D. Celso , contra la sentencia dictada por el XDO. DO SOCIAL N. 4 de VIGO en el



procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 123/2018, seguidos a instancia de D. Celso frente al FONDO DE GARANTIA SALARIAL(FOGASA), D. Conrado y D. Cornelio , siendo Magistrado- Ponente el/la Ilmo/a Sr/ Sra D/Dª CARLOS VILLARINO MOURE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Celso presentó demanda contra EL FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA), D. Conrado y D. Cornelio , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha siete de agosto de dos mil dieciocho

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: Primero.- D. Celso , mayor de edad y con DNI NUM000 , ha venido prestando servicios por cuenta de Conrado , que giraba bajo el nombre comercial TransAlvarez Vigo, en virtud de contrato de duración indefinida a tiempo completo desde el 13-10-2011, con la categoría profesional de Conductor-repartidor, con un salario mensual bruto, incluida prorrateada de pagas extras, de 1.393,69 euros. Es de aplicación a la relación laboral el Convenio Colectivo de Transporte de Mercancías por Carretera para la provincia de Pontevedra. El día 19 de diciembre de 2017 D. Celso recibió carta de la dirección de la empresa por la que se le comunicaba la decisión empresarial de cese de actividad laboral por jubilación del empresario, con fecha de efectos de 31-12-2017, con la indemnización de una mensualidad por la extinción del contrato de trabajo. Segundo.- La empresa Manuel Alvarez Rodríguez, se dedicaba a la actividad de transporte de mercancías por carretera, disponiendo de un centro de trabajo situado en el polígono industrial de Miraflores, en la localidad de Vigo. Hasta su cierre el 31-12-2017, venía realizando el servicio de transporte de mercancías tanto para Alcampo como para Worten, así como prestaba servicios para otras empresas de transportes. La plantilla estaba integrada por 16 conductores/repartidores a la fecha del cese empresarial, de los que 8 realizaban el servicio de distribución para Alcampo y para Worten. La empresa ha vendido los vehículos que utilizaba para su actividad empresarial a terceros y ha dado por finalizado el arrendamiento de la nave industrial que era su centro de trabajo. Consta el cese en la prestación de servicios con la empresa Totalmedia Logística y Transportes S.L., comunicado a fecha 16-12-2017 a Conrado . Conrado consta de baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social con fecha 31-12-2017. Con fecha de efectos, 1-01-2018, percibe la pensión de jubilación de la Seguridad Social. Tercero.- Por su parte, Cornelio , consta de alta en el censo de actividades económicas de la AT desde el 11-01-2011 en la actividad de transporte de mercancías por carretera. De alta como empresa en el régimen general de la Seguridad Social en la actividad de transporte de mercancías por carretera desde el 23-07-2012. El servicio de transporte de mercancías para Worten, actualmente se realiza por Cornelio , desde enero de 2018. De los 4 trabajadores en plantilla de Cornelio , 2 eran trabajadores de Conrado hasta el 31-12- 2017. En cuanto a los medios materiales de la empresa Jorge Silveira Aparicio, dispone de 3 camiones que ya eran utilizados en la anterior actividad (entrega de paquetería para Transportes Autoradio) y una nave en régimen de arrendamiento desde el 29-11-2017, en la C/ Severino Cobas, de Vigo. (Datos que se objetivan del informe de la Inspección de Trabajo, de fecha a 23-04-2018). En fecha 23-03-2018, VIP MAIL S.L. y Cornelio , suscribieron el contrato de arrendamiento de servicios para el reparto de productos no de alimentación del ALCAMPO. Cornelio cuenta con 6 trabajadores en alta a fecha 17-04-2018, habiendo contratado a su hijo y a otros dos trabajadores de la empresa Manuel Alvarez Rodríguez mediante contratos de trabajo de duración determinada a tiempo parcial para el reparto de Worten y después de Alcampo (entre los meses de enero y abril de 2018). Cuarto.- Consta el oficio remitido por Totalmedia Logística y Transportes S.L., en este procedimiento, con fecha de entrada en el Juzgado el 24-07-2018, informando que Conrado era un proveedor de servicios que dejó de facturar a finales de 2017, siendo sus servicios el reparto de electrodomésticos multimarca para todo tipo de clientes, y que Cornelio consta como proveedor de estos servicios desde 2018, al igual que otros proveedores de la marca comercial que es Home Logistics. Quinto.- El demandante no ostentaba la condición de representante ni delegado de personal en la empresa en el año anterior a la fecha de extinción del contrato. Sexto.- El día 26-01-2018 se presentó papeleta de conciliación, celebrándose el acto el 13-02-2018 sin avenencia. En fecha 14-02-2018 se presentó demanda. F

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que DESESTIMANDO la demanda de despido que ha sido interpuesta por D. Celso contra Conrado y Cornelio , debo absolver y absuelvo a los demandados de todos los pedimentos formulados en su contra, declarando ajustada a derecho la extinción del contrato de trabajo por jubilación del empresario; todo ello con intervención del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.



CUARTO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario por las dos codemandadas. Se dispuso el pase de los mismos al ponente; procediéndose a dictar la presente sentencia tras la deliberación correspondiente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Aproximación general al objeto del recurso

La sentencia de instancia desestimó la demanda, y declaró ajustada a derecho la extinción del contrato de trabajo.

Se recurre en suplicación por la parte demandante al amparo del art. 193 c) LRJS, interesando que se revoque la sentencia de instancia y que se estime la demanda en su día interpuesta, declarando la improcedencia del despido.

Por parte de las dos empresas codemandadas se impugnó el recurso, solicitando su desestimación.

SEGUNDO: Motivo de recurso al amparo del art. 193 c) LRJS

La parte demandante y ahora recurrente articula un motivo al amparo del art. 193 c) LRJS -" Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia "-.

Señala, a tal efecto, la infracción del art. 44 ET, y asimismo de la propia jurisprudencia invocada por el magistrado de instancia. Señala que la sentencia de instancia refiere la STS de 15-7-2013, en la que se resume la doctrina del TJUE, para determinar si concurre o no una sucesión empresarial. Argumenta, en síntesis, que hubo transmisión de medios personales y materiales y de actividad. Se señala así que se transmitieron ordenadores, mesas, archivadores, sillas o una carretilla. Además, también parte de la plantilla según consta en los hechos probados. Y, según señala la parte recurrente, la distribución de electrodomésticos para Alcampo y Worten pasó también a otra empresa. Por todo ello, entiende que la extinción por jubilación del empleador debe ser calificada como despido improcedente.

Por las partes impugnantes, D. Conrado y D. Cornelio, se interesa la desestimación del recurso, pues no concurren los requisitos necesarios para que exista la pretendida sucesión en que funda la recurrente la improcedencia del despido.

Expuesto el motivo de recurso, el mismo ha de ser desestimado, pues no concurren los requisitos exigibles para entender que nos encontramos ante una sucesión empresarial en los términos del art. 44 ET, ni tampoco de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE. Por ello, tal y como lo entendió la juzgadora de instancia, la extinción de la relación laboral por jubilación del empleador no es constitutiva de un despido improcedente.

A este respecto no ha existido, a la vista de los hechos probados, la transmisión de " un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma " - art. 44.1 ET -, en el sentido de " una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria " - art. 44.2 ET -.

En relación con ello, y en especial respecto de la jurisprudencia del TJUE, cabe recordar la STS de 26 de octubre de 2018 (rec: 2118/2016), que sintetiza la jurisprudencia sobre el particular, y señala:

"El motivo del recurso se centra en la infracción del art. 44 del ET y la jurisprudencia en materia de sucesión de empresa y, en concreto, si la actividad objeto de la contrata descansa en la mano de obra.

Al respecto, es constante la doctrina de la Sala que, en materia de sucesión de plantilla viene señalando que "El supuesto particular de sucesión de contratas o concesiones con "sucesión de plantillas" se caracteriza por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas: A) una empresa contratista o adjudicataria de servicios ("empresa entrante") sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades ("empresa saliente") por cuenta o a favor de un tercero (empresa "principal" o entidad "comitente"); B) la sucesión de contratas o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la "empresa saliente", encargando a la "empresa entrante" servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; C) la "empresa entrante" ha incorporado al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a un parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la "empresa saliente"; y D) el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la "mano de obra" organizada u organización de trabajo" (ST 992/2016, de 23 de noviembre).



También se ha recordado que " conforme al artículo 1, apartado 2 letra b), de la Directiva 2001/123, para que ésta resulte aplicable, la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su Identidad tras el cambio de titular. Para determinar si tal entidad mantiene su identidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan a la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y 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 la duración de una eventual suspensión de dichas actividades" (STS 686/2017, de 19 de septiembre).

La más reciente doctrina del TJUE sigue recordando que "Para determinar si concurre este requisito, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, 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 o 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 la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Estos elementos son tan sólo aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y, por lo tanto, no pueden apreciarse aisladamente (sentencia de 9 de septiembre de 2015, Ferreira da Silva e Brito y otros, C-160/14 , EU:C:2015:565 , apartado 26 y jurisprudencia citada)" (STJUE de 7 de agosto de 2018, C-472/2016).

Sigue diciendo la anterior sentencia que " En particular, el Tribunal de Justicia ha señalado que la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate (sentencia de 9 de septiembre de 2015, Ferreira da Silva e Brito y otros, C-160/14 , EU:C:2015:565 , apartado 27 y jurisprudencia citada)"

Y que, en el específico supuesto que allí se analizaba, respecto de las condiciones de los elementos materiales, se dijo que "debe ponerse de relieve que, en una situación como la del litigio principal, los medios materiales, como los instrumentos de música, las instalaciones y los locales, son elementos imprescindibles para el ejercicio de la actividad económica de que se trata, cuyo objeto es gestionar una escuela de música"

En el caso que nos ocupa, al margen de que las sentencias aquí contrastadas parten de la misma doctrina, parece evidente que el servicio objeto de la contrata no descansa esencialmente en la mano de obra.

Y ello porque, por un lado, el contrato de arrendamiento de servicios describe las tareas a realizar consistentes en "asistencia a operaciones e intervención anticontaminación en la monoboya de Cepsa, actividades de intervención anticontaminación, actividades de inspección y mantenimiento de las instalaciones marinas de Cepsa, tales como inspección de las instalaciones marinas, mantenimientos de las instalaciones de superficie y mantenimiento de las instalaciones submarinas y operaciones de amarre y desamarre, carga y descarga de buques. Esta actividad no puede calificarse, en sí misma, como trabajos en los que la mano de obra sea el elemento esencial y determinante para su ejecución ya que requiere de elementos materiales específicos que no solo complementan sino que se presentan como imprescindibles y necesarios para que los trabajadores puedan atender el servicio. Y ello es así porque en el contrato de arrendamiento se describe los elementos que debe aportar el contratista para poder atender el objeto del arriendo. Y así, no siendo el personal el elemento único ni esencial en el contrato de arrendamiento, se dice que el contratista, además de la tripulación y buzos, debía aportar embarcaciones, medios de seguridad, de transporte, medios de señalización, balizamiento, vallas y todos los demás necesarios para la realización de los trabajos. Y esos medios se describen en una lista que se califica de no exhaustiva, comprendiendo: tres embarcaciones tipo remolcador, compresores estacionarios, equipos autónomos de bibotellas, monobotellas para emergencias y trabajos a poca profundidad, chalecos hidrostáticos para monobotellas, bibotellas, bocinas acústicas de comunicación y emergencia para uso submarino y de superficie, reguladores principales y de emergencia, ordenadores de buceo profesionales de consola con brújula incorporada, lectores de datos para cargar la información y poder pasarla a ordenador, ordenador portátil instalado en la embarcación, tipo remolcador, para procesar datos, trajes húmedos de buceo, trajes secos de volumen variable con la ropa interior de abrigo, teléfonos submarinos sin hilo y estaciones de superficie, teléfono con línea de vida para buceadores con caretas y sistema integrado de comunicación submarina entre los buceadores y la superficie, material ligero de buceo, herramientas, entre ellas herramientas submarinas neumáticas para conexión, desconexión de mangueras flotantes y submarinas y un almacén de trabajo.



Esto es, todo un conjunto de medios personales y materiales que se revela como elementos de importancia capital para la realización de la actividad contratada. Las tres embarcaciones, así como los vehículos de transporte de personal y material y la necesidad de un almacén constituye una infraestructura afecta a la explotación de la contrata, como también el material de inmersión, junto a otros accesorios, como herramientas.

En orden al valor económico que pudiera tener todo ese conjunto de medios materiales, no bastaría con atender al que tuvieran dos de las embarcaciones que debe aportar la recurrente cuando, realmente, ese valor no consta como hecho probado -la sentencia de instancia lo refiere en la cita de otra sentencia y como texto de ella- y existen, además de otra embarcación, otras aportaciones significativas -medios de seguridad, medios de transporte del personal y de los materiales, material de inmersión, medios informáticos y de comunicación y demás herramientas- que deberían contar a la hora de querer hacer descansar la existencia o no de sucesión empresarial en la insignificancia de los medios no humanos con los que se atiende el servicio y que, por lo que refiere el contrato de arrendamiento de servicios del presente caso, no parece que se esté en aquel supuesto cuando, además, esos medios se constituyen como esenciales e imprescindibles y no marginales en la actividad de que se trata.

En consecuencia, debemos declarar que la doctrina correcta se contiene en la sentencia de contraste y que la conclusión que debe alcanzarse, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, es la de que no existe sucesión de empresa, al no estar ante una actividad que descansa esencialmente en la mano de obra, no siendo relevante el que la recurrente haya contratado a 6 de los 10 trabajadores que atendían el servicio en la empresa saliente (uno de ellos, precisamente, el propio demandante) cuando, como se ha dicho, no ha existido una transmisión de los medios materiales necesarios para la explotación entre la empresa saliente y la entrante. Esto es, estamos ante un "conjunto" organizado de personas y elementos que permite el desarrollo de la actividad en que consiste el objeto del servicio contratado."

A la vista de la normativa y jurisprudencia citada, no cabe concluir que se ha producido una sucesión empresarial entre D. Conrado y D. Cornelio, que determinase la obligación de subrogación en la relación laboral del demandante y ahora recurrente, y por ello la improcedencia de la decisión extintiva vinculada a la jubilación de D. Conrado.

Y ello dado que:

(1) No consta la transmisión de elementos materiales entre las dos empresas citadas. Se trata de una actividad -transporte de mercancías por carretera- en la que los elementos materiales tienen una importancia significativa, en especial los camiones y la nave en relación a la cual se desarrolla la actividad. Y tanto la nave como los camiones empleados en la actividad de transporte de mercancías por carretera, por una y otra empresa, no fueron objeto de transmisión entre las codemandadas -hechos probados segundo y tercero-.

(2) Por otro lado, la empresa Jorge Silveira Aparicio había iniciado su actividad en el año 2011, es decir, años antes del cese de la actividad por parte de la empresa Manuel Álvarez Rodríguez, lo que aconteció a 31-12-2017 -hechos probados primero, segundo y tercero-.

(3) Aunque la empresa Jorge Silveira Aparicio, tras el cese de actividad de la empresa Manuel Álvarez Rodríguez, comenzó a prestar servicios para algunos clientes de la primera, no constan en los hechos probados datos que permitan determinar, de manera precisa, qué volumen de actividad representaban tales clientes para ambas empresas, a los efectos de concretar el carácter más o menos relevante de tal circunstancia -hechos probados segundo a cuarto-.

(4) No nos encontramos ante una actividad -transporte de mercancías por carretera- que descansa, fundamentalmente, en la mano de obra, pues los elementos materiales (camiones, nave a partir de la que se desarrolla actividad), son especialmente relevantes en el conjunto de la actividad empresarial, y, como ya dijimos, no consta transmisión alguna de los mismos en los hechos probados. Por ello, el hecho de que tres de los 16 conductores de la empresa Manuel Álvarez Rodríguez hayan sido contratados por parte de la empresa Jorge Silveira Aparicio, en concreto su hijo y dos conductores contratados a tiempo parcial, no comporta, por sí mismo, que haya existido una sucesión empresarial - hecho probado segundo en relación con el hecho probado tercero y con el fundamento jurídico segundo, en su último párrafo-.

Por todo ello, no concurriendo la censura jurídica esgrimida, el recurso debe ser desestimado.

TERCERO: Costas del recurso

No procede condena en costas a la recurrente, por tener derecho de asistencia jurídica gratuita - arts. 235.1 y 21.4 LRJS -.

FALLAMOS



DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por D. Celso frente a la sentencia de 7 de agosto de 2018 del Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo , dictada en los autos de despido nº 123/2018, seguidos frente a D. Conrado y D. Cornelio , con intervención del FOGASA. Todo ello confirmando la sentencia de instancia y sin condena en costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta 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.