

Roj: **STS 1270/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1270**Id Cendoj: **28079140012017100207**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/03/2017**Nº de Recurso: **229/2015**Nº de Resolución: **209/2017**Procedimiento: **Auto de aclaración**Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 14 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D.^a Lara Castellet Utrilla, en nombre y representación de la mercantil Viajes Barceló, S.L., contra la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de fecha 24 de julio de 2014, aclarada por auto de fecha 25 de septiembre de 2014, recaída en el recurso de suplicación núm. 2837/2014, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 11 de Barcelona, dictada el 8 de enero de 2013, en los autos de juicio núm. 693/2011, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Rafael, contra Viajes Baixas. S.A., Hoteles Turísticos Unidos, S.A. (HOTUSA), Viajes Barceló y Fondo de Garantía Salarial, a los que se acumularon los autos número 804/2011 del Juzgado de lo Social núm. 6 de Barcelona, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Rafael, contra Viajes Baixas. S.A., Hoteles Turísticos Unidos, S.A. (HOTUSA), Viajes Barceló y Fondo de Garantía Salarial, sobre Extinción de contrato. Han sido partes recurridas D. Rafael y Viajes Baixas, S.L.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de enero de 2013, el Juzgado de lo Social nº 11 de los de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando las demandas acumuladas de extinción de contrato de trabajo que le unía con la demandada y de despido, absuelvo a VIAJES BAIXAS, S.L. de las pretensiones de ambas demandas declarando la procedencia del despido, y absuelvo a las codemandadas, por falta de legitimación pasiva de HOTUSA, y por falta de acción frente a VIAJES BARCELÓ, S.L.

Y debo absolver y absuelvo al Fondo de Garantía Salarial.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: « **1º** .- El actor don Rafael, provisto de DNI NUM000 prestó servicios para VIAJES BAIXAS en virtud de relación laboral indefinida desde 1 de marzo de 1972, categoría profesional de Oficial de 2ª Administrativo y salario diario bruto, con inclusión de prorrata de pagas extras, de 60,19€, prestación que realizó en el centro de trabajo de la empleadora en la calle Vía Layetana 24-bis de esta Ciudad. (no controvertido). **2º** .- VIAJES BAIXAS, S.A.. dedicada a la actividad de agencia de viajes, cesó en su actividad con efectos 5 de agosto de 2011 (baja en censo de la agencia Tributaria), después de que entre 2009 y 2010 dejaran de operar 7 oficinas (agencias de viajes) de un total 19/20 oficinas, y en dicho proceso algunos trabajadores causaron baja voluntaria otros fueron recolocados y cinco fueron despedidos. **3º**.- Dicha mercantil se constituyó en 1947, y en el año 2004 fue participada en un 83,73% por el HOTHUSA, S.A., sin que el director General de la primera hubiera estado nunca vinculado a las empresas del grupo HOTUSA, dedicadas a actividad hotelera, sin que frente a terceros haya confusión en la identificación de VIAJES BAIXAS como agencias de viajes y HOTUSA como gestora de una cadena hotelera. Entre ambas se realizan transacciones (dictamen pericial!) tales como: prestación de servicios comerciales debidamente contabilizadas y diferenciadas; compraventa



en 2009 de una filial de VIAJES BAIXAS S.A. a HOTUSA quedando el saldo pendiente de cobro y compensado con saldos a pagar por los servicios y créditos recibidos por HOTUSA; crédito fiscal al consolidar las cuentas desde 2010 contabilizándose el crédito fiscal por las pérdidas de VIAJES BAIXAS del año 2010 como saldo deudor con HOTUSA, S.A.; préstamo participativo para restablecer el equilibrio patrimonial que suponía los fondos propios negativos por las pérdidas acumuladas de los 2003 y 2004; préstamos de HOTUSA para pagos aplazados de Seguridad Social y la consolidación de IVA de VIAJES BAIXAS, S.A. préstamos que se capitalizan posteriormente como mayor capital social de la sociedad. **4°.**- El 22/02/2011 VIAJES BAIXAS, S.A. y VIAJES BARCELÓ S.L. suscribieron contrato privado de compraventa de activos -consta en autos-, que contiene anexo (IV) comprensivo de relación de trabajadores en los que se subrogaba la segunda, relación en la que no figura el demandante. **5°.** - Un número reducido de trabajadores que no se incluyó en la lista de trabajadores a subrogar, entre los que se encuentra el demandante Sr. Rafael , fueron cambiados de centro de trabajo el 30 de abril de 2011 y fueron ubicados en un local cedido en precario a VIAJES BAIXAS, S.A. por HOTELIUS, sociedad del Grupo HOTUSA, para realizar tareas de administración propias de dicho departamento de VIAJES BAIXAS, S.A. **6°.** - El actor presentó demanda de extinción de contrato de trabajo frente a todas las codemandadas el 18 de julio de 2011, y solicitud de conciliación en servicios administrativo en la misma fecha que fue celebrada con el resultado de sin avenencia el día 5 de agosto de 2011. **7°.** - El día 01/08/2011 se le participó al actor por parte de VIAJES BAIXAS, S.A. la decisión extintiva de la relación laboral con fundamento en causas objetivas productivas, económicas y organizativas, con efectos 5 agosto de 2011, cuyo Contenido se da por reproducido dada la extensión de la comunicación. Simultáneamente fue puesta a disposición del trabajador indemnización equivalente a 20 días de salario por año de servicio con el límite de doce Mensualidades en suma de 22.851€, y al haber suprimido una parte del preeviso se ofreció los salarios correspondientes a dicho período, así como la liquidación de partes proporcionales. **8°.** - No consta que la empresa no hubiera proporcionado al actor trabajo efectivo si bien entre marzo y agosto de 2011 el descenso de la actividad fue notable (pericia) Sra. Angelica). La nómina del actor del mes de junio de 2011 figura abonada en el mes de julio y la del mes de julio la recibió a principios de agosto, constando en el finiquito la paga extra de julio (documento 1 V. Baixas SA). **9°.**- Según informe pericial la organización empresarial de VIAJES BAIXAS, S.A. consistía en una red con unos servicios centrales (administración, informática y contratación) ubicados en Vía Layetana de Barcelona, así como oficinas de ventas, cada una de las cuales era un centro de trabajo. Dicha estructura ha permanecido desde su constitución sin que la entrada de HOTUSA en el capital social comportase cambio alguno. El antes citado contrato de compraventa de activos entre VIAJES BAIXAS, S.A. y VIAJES BARCELÓ, S.L. en el mes de febrero de 2011 fue suscrito para la venta de parte de la actividad de aquélla, deudas y cartera de clientes afectos exclusivamente a la actividad de agencia de viajes minorista tradicional; se traspasó al comprador la totalidad del personal de las oficinas de venta así como los contratos de alquiler de dichas oficinas, conservando la transmitente la titularidad de la marca y los derechos para desarrollar la actividad de agencia de viajes minorista-mayorista en la modalidad on-line y se mantuvo una estructura mínima de 7 personas para poder continuar la actividad administrativa, acordando con la adquirente el abandono de los locales de servicio central en Vía Layetana por parte de los trabajadores, que fueron ubicados en un local de la Calle Ramón Berenguer, lo que tuvo lugar el quince de marzo en virtud de acuerdo de 8 de marzo entre VIAJES BAIXAS S.A. y la mercantil ROOM TRADE, S.L. que autorizó la instalación de dichos trabajadores de VIAJES BAIXAS, S.A. con carácter temporal entre el 15 de marzo y el 31 de agosto ambos de 2011 en el local sito en Plaza Ramón Berenguer donde fue trasladado el actor (documental). **10°.**- También según el dictamen pericial aportado, en el contexto de reducción de ventas de las agencias de viajes tradicionales, VIAJES BAIXAS, S.A. experimentó un descenso de la actividad que provocó importantes pérdidas de explotación en los años 2009, 2010 y 2011; el descenso de actividad de las oficinas de ventas y departamento de administración, provocó una paulatina reducción de la carga de trabajo y además de algunos ajustes previos se llevó a cabo la referida venta de activos en febrero de 2011 a VIAJES BARCELÓ que incluía una parte del negocio de agencias presenciales de viajes. Dentro de este proceso se redujo la plantilla entre 2009 y 2010 por cierre de las oficinas poco rentables, se subrogaron trabajadores por acuerdo con VIAJES BARCELÓ, S.A., hubieron bajas voluntarias y despidos por fin de actividad en agosto de 2011 en particular 3 trabajadores del departamento de administración y el Director General. **11°.** - Por los anteriores hechos el demandante formuló además de demanda de extinción contractual repartida en este Juzgado, papeleta de conciliación por despido el 2 de septiembre de 2011 cuyo acto resultó celebrado el 26/09/2011, y demanda conteniendo idéntica pretensión, el 05/09/2011 que, en turno de reparto, correspondió al Juzgado de los Social nº 6 de Barcelona que acordó la acumulación a los autos de extinción. **12.** - El actor no ostenta, ni ha ostentado, cualidad de representante legal de los trabajadores.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Rafael , formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictó sentencia en fecha 24 de julio de 2014, recurso 2837/2014 , en la que consta el siguiente fallo: «Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el letrado de Rafael contra la sentencia dictada el día 8 de enero de 2013 por el Juzgado de lo Social



núm. 11 de BARCELONA, en los autos núm 693/2011, seguidos por el recurrente frente a VIAJES BAIXAS, S.A. HOTELES TURÍSTICOS UNIDOS A.A., VIAJES BARCELÓ S.L., y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA) y, en consecuencia, previa la revocación de pronunciamiento de instancia, estimamos la demanda planteada por el recurrente y declaramos su despido improcedente, condenando a la empresa VIAJES BARCELÓ S.L. a que, por su opción, lo readmita, con abono en tal caso de una cantidad igual a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, o le indemnice con la cantidad de 75,838.00€, respondiendo solidariamente la empresa VIAJES BAIXAS S.L. tanto de la indemnización por despido como del abono de los salarios de tramitación, a razón de 60,19 euros diarios y todo ello sin perjuicio del reintegro de la indemnización que el recurrente hubiera podido percibir por el despido objetivo, absolviendo a las restantes codemandadas.»

En fecha 25 de septiembre de 2014 dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es la siguientes: «Estimar la aclaración de la sentencia solicitada por el letrado de Rafael debiendo añadir en el fallo de la sentencia de 24 de julio de 2014 Rec. 2837/2014 que: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el letrado de Rafael contra la sentencia dictada el día 8 de enero de 2013 por el Juzgado de lo Social núm. 11 de Barcelona, en los autos núm. 693/2011, seguidos por el recurrente frente a VIAJES BAIXAS, S.A., HOTELES TURÍSTICOS UNIDOS A.A., VIAJES BARCELÓ S.L. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA) y, en consecuencia, previa revocación de pronunciamiento de instancia, estimamos la demanda planteada por el recurrente y declaramos su despido improcedente, condenando a la empresa VIAJES BARCELÓ S.L. a que, por su opción, lo readmita, con abono en tal caso de una cantidad igual a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, o le indemnice con la cantidad de 75,838.00€, con abono en tal caso de una cantidad igual a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, respondiendo solidariamente la empresa VIAJES BAIXAS S.L. tanto de la indemnización por despido como del abono de los salarios de tramitación, a razón de 60, 19 euros diarios y todo ello sin perjuicio del reintegro de la indemnización que el recurrente hubiera podido percibir por el despido objetivo, absolviendo a las restantes codemandadas".»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, la letrada D.^a Lara Castellet Utrilla, en nombre y representación de la mercantil Viajes Barceló, S.L., interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 6 de junio de 2013, recurso 1859/13 .

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida la mercantil Viajes Baixas, S.L., se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 21 de febrero de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1.- El Juzgado de lo Social número 11 de los de Barcelona dictó sentencia el 8 de enero de 2013, autos número 693/2011, desestimando las demandas acumuladas de extinción de contrato y de despido formuladas por D. Rafael contra VIAJES BAIXAS SA, HOTELES TURÍSTICOS UNIDOS SA, FOGASA y VIAJES BARCELÓ SL, declarando la procedencia del despido, absolviendo a las codemandadas HOTUSA, por falta de legitimación pasiva y a VIAJES BARCELÓ SL, por falta de acción.

Tal y como resulta de dicha sentencia el actor prestó servicios para Viajes Baixas SA, con la categoría de oficial 2º administrativo, en virtud de relación laboral indefinida, desde el 1 de marzo de 1972. Viajes Baixas SA, dedicada a la actividad de agencia de viajes, cesó en su actividad el 5 de agosto de 2011, después de que entre 2009 y 2010 dejaran de operar siete oficinas, de un total de 19/20 oficinas, causando baja voluntaria algunos trabajadores, otros fueron recolocados y cinco fueron despedidos. Dicha mercantil se constituyó en 1947 y en el año 2004 fue participada en un 83,73% por Hotusa SA, gestora de una cadena hotelera, sin que frente a terceros haya confusión en la identificación de las dos mercantiles. Entre ambas se realizaban transacciones, tales como prestación de servicios comerciales, debidamente contabilizados y diferenciadas, compraventa en 2009 de una filial de Viajes Baixas SA a Hotusa, quedando el saldo pendiente de cobro y compensado por los saldos a pagar por los servicios y créditos recibidos por Hotusa, crédito fiscal al consolidar las cuentas desde 2010, contabilizándose por las pérdidas de Viajes Baixas SA como saldo deudor con Hotusa SA, préstamo participativo para restablecer el equilibrio patrimonial que suponía los fondos propios negativos por las pérdidas acumuladas de 2003 y 2004, préstamos de Hotusa SA para pagos aplazados de Seguridad Social y la consolidación de IVA de Viajes Baixas SA, préstamos que se capitalizan posteriormente como mayor



capital social de la sociedad. El 22 de febrero de 2011, Viajes Baixas SA y Viajes Barceló SL suscribieron un contrato privado de compraventa de activos, en el que figura un anexo con la relación de los trabajadores en los que se subrogaba la adquirente, no figurando el actor. El 30 de abril de 2011 un número reducido de trabajadores, que no figuraba en la lista a subrogar, entre los que estaba incluido el actor, fueron trasladados de centro de trabajo y ubicados en un local cedido en precario a Viajes Baixas SA por Hotelius, sociedad del grupo Hotusa SA, para realizar tareas de administración de Viajes Baixas SA. El 1 de agosto de 2011 se le comunicó al actor, por Viajes Baixas SA, la decisión extintiva de la relación laboral por causas objetivas, económicas, organizativas y productivas, con efectos del día 5 de agosto, poniendo a su disposición la correspondiente indemnización. La organización empresarial de Viajes Baixas SA consistía en una red de servicios centrales (administración, informática y contratación) ubicados en Vía Layetana de Barcelona, así como oficinas de ventas, cada una de las cuales era un centro de trabajo. Dicha estructura ha permanecido desde su constitución sin que la entrada de HOTUSA en el capital social comportase cambio alguno. El contrato de compraventa de activos entre VIAJES BAIXAS,S,A, y VIAJES BARCELÓ, S.L. en el mes de febrero de 2011 fue suscrito para la venta de parte de la actividad de aquélla, deudas y cartera de clientes afectos exclusivamente a la actividad de agencia de viajes minorista tradicional; se traspasó al comprador la totalidad del personal de las oficinas de venta así como los contratos de alquiler de dichas oficinas, conservando la transmitente la titularidad de la marca y los derechos para desarrollar la actividad de agencia de viajes minorista-mayorista en la modalidad on-line y se mantuvo una estructura mínima de 7 personas para poder continuar la actividad administrativa, acordando con la adquirente el abandono de los locales de servicio central en Vía Layetana por parte de los trabajadores, que fueron ubicados en un local de la Calle Ramón Berenguer, lo que tuvo lugar el quince de marzo en virtud de acuerdo de 8 de marzo entre VIAJES BAIXAS S.A. y la mercantil ROOM TRADE, S.L. que autorizó la instalación de dichos trabajadores de VIAJES BAIXAS, S.A. con carácter temporal entre el 15 de marzo y el 31 de agosto ambos de 2011 en el local sito en Plaza Ramón Berenguer donde fue trasladado el actor. La actividad desarrollada por Viajes Baixas SA ha experimentado durante los tres últimos años un descenso en su actividad, que provocó pérdidas de explotación en el ejercicio 2009, 2010 y 2011, que provocó reducción de la carga de trabajo.

2.- Recurrida en suplicación por D. Rafael , la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó sentencia el 24 de julio de 2014 , aclarada por auto de 25 de septiembre de 2014, recurso número 2837/2014, estimando el recurso formulado, declarando improcedente el despido del actor, condenando a la empresa Viajes Barceló SL a que, opte entre readmitirlo, con abono en dicho caso de una cantidad igual a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido o le indemnice con la cantidad de 75.838 €, con abono en tal caso de una cantidad igual a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido a la notificación de la sentencia, respondiendo solidariamente la empresa Viajes Baixas SL, tanto de la indemnización por despido como del abono de los salarios de tramitación, a razón de 60,19 € diarios.

A los efectos que ahora interesan, la sentencia entendió que ha existido sucesión de empresa, existiendo la obligación por parte de Viajes Barceló SL de subrogar al actor. Razona que, pese a que la empresa Viajes Baixas SA se reservó la actividad de agencia de viajes mayorista-minorista en la modalidad on-line, en la práctica, desde que re realizó el contrato de compraventa con Viajes Barceló SL el descenso de actividad fue notable e, incluso, se vendió el local en el que el actor desempeñaba su actividad laboral -en virtud del contrato de compraventa se pactó el abandono de los locales del servicio central en Vía Layetana-, se le ubicó junto con otros trabajadores, durante el periodo de 15 de marzo a 31 de agosto de 2011 en un local en la calle Ramón Berenguer, en virtud de un acuerdo de la empresa con Room Trade SL, pasando a ubicarlo el 30 de abril de 2011, en un local cedido en precario por Hotelius para realizar tareas de administración propias de dicho departamento. La entidad transmitente se quedó una actividad sin contar con los elementos materiales necesarios para llevar a cabo la misma, siendo transmitida a la entidad sucesora todos los locales, elementos materiales y personales, salvo el actor, que se vió desposeído del local en el que ejercía su actividad, lo que conlleva que en tales circunstancias VIAJES BARCELÓ tuviera obligación de subrogar al actor, por lo que al no haberlo hecho, deba declararse el despido como improcedente con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración. Continúa razonando que ha existido fraude de ley ya que la empresa Viajes Baixas SA participó al actor la extinción de su contrato por causas objetivas en concierto con Viajes Barceló SL, pactando en el contrato de compraventa suscrito por ambas tan solo la transmisión de una parte de los trabajadores, entre los que no se incluyó al actor, utilizando una norma de cobertura para evitar la aplicación del artículo 44 del ET , o sea para evitar las consecuencias laborales de una transmisión, incurriendo así en el supuesto fraudulento contemplado en el artículo 6.4 del Código Civil , lo que acarrea la declaración de responsabilidad de las dos empresas implicadas en la transmisión.

Contra dicha sentencia se interpuso por la representación letrada de VIAJES BARCELÓ SL recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 6 de junio de 2013, recurso número 1859/2013 .



La parte recurrida VIAJES BAIXAS SA, en el trámite de impugnación ha formulado alegaciones al recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que no existe contradicción entre las sentencias enfrentadas por lo que el recurso ha de ser declarado improcedente.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 6 de junio de 2013, recurso número 1859/2013, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por D. José contra la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2012 por el Juzgado de lo Social número 6 de Barcelona, en los autos 858/2011, seguidos a instancia del citado recurrente contra las empresas Hoteles Turísticos Unidos SA, Viajes Barceló SL, Viajes Baixas SA y FOGASA, en reclamación por despido.

Consta en dicha sentencia que el actor ha prestado servicios a Viajes Baixas SA desde 20 de marzo de 1973, con la categoría profesional de jefe administrativo. Viajes Baixas SA, dedicada a la actividad de agencia de viajes, cesó en su actividad el 5 de agosto de 2011. El 22 de febrero de 2011, Viajes Baixas SA y Viajes Barceló SL (agencia de viajes mayorista-minorista que desarrolla la actividad de organización de viajes de todas clases, reserva de plazas, representaciones de otras agencias de viajes, compañías de transporte y hoteles en España) suscribieron un contrato privado de compraventa de activos (relaciones jurídicas y comerciales con los clientes, incluyendo cartera de clientes, contratos de trabajo de los trabajadores incluidos en un listado y contratos de arrendamiento de las oficinas de venta, que se relacionan en el Anexo V) con fecha de efectos económicos del 1 de marzo de 2011 en el que figura un anexo con la relación de los trabajadores en la que se subrogaba la adquirente, no figurando el actor. La actividad desarrollada por Viajes Baixas SA ha experimentado durante los tres últimos años un descenso en su actividad, constandingo disminución de su facturación y pérdidas desde el ejercicio 2009 que persiste hasta 2011. Mediante carta de 29 de julio de 2011 se le comunicó al actor, por Viajes Baixas SA, la decisión extintiva de la relación laboral por causas objetivas, económicas, organizativas y productivas, con efectos del día 5 de agosto.

La sentencia entendió que no existe fraude en el contrato de compraventa efectuado por las empresas codemandadas al haberse relacionado "de forma clara las unidades de negocio autónomas y...personal adscrito a esas oficinas de venta" a las que no fue destinado el actor, pues no consta que éste hubiera pasado "a prestar servicios para la nueva dirección de Viajes Barceló SL...".

Y, en efecto, nada se acredita respecto a un injustificado consilium fraudis entre las codemandadas en perjuicio de un trabajador que sólo lo fue de aquella primera empresa y que vió extinguido su contrato para con la misma en virtud de un (indiscutido) descenso de actividad "durante los tres últimos años...que se refleja claramente en la disminución de su facturación y pérdidas desde el ejercicio 2009 y que persiste hasta el 2011"; lo que pone de relieve una situación económica negativa en temporal coincidencia con un periodo que (y en su mayor parte) se revela previo al de la parcial transmisión de actividad operada con efectos del 5 de agosto de este último años.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadores que han venido prestando servicios a la empresa Viajes Baixas SA desde el inicio de los años setenta -desde el 1 de marzo de 1972 en la sentencia recurrida y desde el 20 de marzo de 1973 en la sentencia de contraste- desempeñando labores administrativas -oficial 2ª administrativo en la sentencia recurrida y jefe administrativo en la sentencia de contraste- y que han visto extinguida su relación laboral el 5 de agosto de 2011 por causas objetivas, por causas económicas, organizativas y de producción, en esa misma fecha cesó la actividad de la empresa. Consta en ambas sentencias que el 22 de febrero de 2011 Viajes Barceló SL y Viajes Baixas SA realizaron un contrato de compraventa de activos (relaciones jurídicas y comerciales con los clientes, incluyendo cartera de clientes, contratos de trabajo de los trabajadores incluidos en un listado y contratos de arrendamiento de las oficinas de venta, que se relacionan en el Anexo V) con fecha de efectos económicos del 1 de marzo de 2011, en el que figura un anexo con la relación de los trabajadores en la que se subrogaba la adquirente, no figurando ninguno de los dos actores, siendo un total de siete los trabajadores no subrogados. Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que existe sucesión de empresa y es fraudulento el contrato suscrito, la de contraste mantiene que no ha quedado acreditado que exista "consilium fraudis" entre las codemandadas.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.



TERCERO.-1.- El recurrente alega infracción, por aplicación indebida de los artículos 44 del Estatuto de los Trabajadores y 6.4 del Código Civil , así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia.

En esencia alega el recurrente que Viajes Barceló SL se subrogó en los trabajadores que hasta la fecha permanecían vinculados a la actividad transmitida, pero no la de aquellos empleados ajenos a tal actividad y que, como el actor, únicamente pertenecían a los Servicios Centrales de Administración de Viajes Baixas SA, departamento que nunca fue transmitido a la cesionaria por no ser necesario para la explotación del negocio objeto de transacción y por ser necesario para el mantenimiento de la actividad de la transmitente, que continuó su actividad en la modalidad on-line, como agencia de viajes minorista-mayorista, hasta que el 5 de agosto cesó en su actividad.

2.- El artículo 44 del ET establece 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 de esta Sala de 23 de septiembre de 2014 , citando la sentencia de 28 de abril de 2007, CUD 4514/07 , consigna que la misma 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 fuese 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 de esta Sala 26 de enero de 2012, CUD 917/2011 , contiene el siguiente razonamiento: «2. La sentencia más reciente de esta Sala de fecha 30 de mayo de 2011 (rcud 2192/2010), dictada en asunto análogo, 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 aquélla 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, entendiéndose por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio"; o el "conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio". Y para cuya determinación - transmisión de la entidad que mantiene su identidad- han considerarse todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, 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 (SSTJCE 65/1986, de 18/Marzo, Asunto Spijkens; 22/2001, de 25/Enero, Asunto Oy Liikenne; 45/1997, de 11/Marzo, Asunto Süzen; 286/2003, de 20/Noviembre, Asunto Abler; 406/2005, de 15/Diciembre, Asunto Güney-Görres; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09 . Y, reproduciendo tales criterios, entre otras las SSTS 12/12/02 -rcud 764/02 -; 29/05/08 -rcud 3617/06 -; 27/06/08 -rcud 4773/06 ; 28/04/09 -rcud 4614/07 -; y 23/10/09 -rcud 2684/08 -)."

3. Señala asimismo esta sentencia que : "De otra parte no cabe desconocer que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró, mientras estaba en vigor la Directiva 77/1987 [modificada por la Directiva 98/50], que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva (STJCE 212/2000, de 26/Septiembre, Asunto Mayeur, apartado 33); y que la misma conclusión se impone en el caso de la vigente Directiva 2001/23 [codificación de aquéllas], puesto que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva (SSTJCE 99/1992, de 19/Mayo, Asunto Redmond Stichting; 195/2000,



de 14/Septiembre, Asunto Collino y Chiappero; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09 , apartado 25, que en cuestión prejudicial planteada por Juzgado de España, precisamente enjuicia -y declara- la sucesión empresarial de un Ayuntamiento por la asunción directa de la gestión del servicio público de mantenimiento de parques y jardines)."; insistiéndose en esta línea por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 20 de enero de 2011(asunto C-463/09), en sus apartados 26 y 32».

La sentencia de esta Sala de 11 de junio de 2012, CUD 1886/2011 , contiene el siguiente razonamiento : «Todo ello nos llevó a concluir en la STS de 26 de enero de 2012 (rcud. 917/2011) que en aquel caso, igual al presente, "nos hallamos ante un claro supuesto de sucesión empresarial del art. 44.2 ET , en cuanto está acreditado que el Ayuntamiento, tras cesar la empresa concesionaria en la gestión y explotación del servicio público de asistencia geriátrica que se le había concedido, y que se llevaba a cabo en el Centro Residencial "Virgen de Guadalupe", asumió directamente dicha gestión y explotación sin solución de continuidad y haciéndose cargo de todos los trabajadores que, como Cuidadores, prestaban sus servicios profesionales en el señalado Centro Residencial; y esta sucesión conlleva, de conformidad con lo establecido en el apartado 3 del ya mencionado artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , que el Ayuntamiento codemandado deba responder solidariamente con la empresa demandada de las deudas salariales contraídas por ésta con los trabajadores demandantes, como acertadamente ha entendido la sentencia recurrida».

3.- En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala hemos de concluir que estamos en presencia de una transmisión de empresa.

En efecto, viajes Baixas SA y Viajes Barceló SL, el 22 de febrero de 2011, efectos económicos de 1 de marzo de 2011, suscribieron un contrato privado de compraventa de activos (relaciones jurídicas y comerciales con los clientes, incluyendo cartera de clientes, contratos de trabajo de los trabajadores incluidos en un listado y contratos de arrendamiento de las oficinas de venta, que se relacionan en el Anexo V) en el que figura un anexo con la relación de los trabajadores en los que se subrogaba la adquirente, no figurando en el mismo siete trabajadores, entre ellos el actor.

En virtud del contrato de compraventa se pactó el abandono de los locales del servicio central en Vía Layetana, en donde prestaba servicios el actor, y se le ubicó junto con otros trabajadores, en el local cedido temporalmente, durante el periodo de 15 de marzo a 31 de agosto de 2011, sito en la calle Ramón Berenguer, en virtud de un acuerdo de la empresa con Room Trade SL, pasando a ubicarlo el 30 de abril de 2011, en un local cedido en precario por Hotelius para realizar tareas de administración propias de dicho departamento.

Viajes Barceló SL, ha pasado a desarrollar la actividad que venía realizando Viajes Baixas SA y lo ha hecho en los mismos locales que ésta tenía arrendados, manteniendo sus relaciones jurídicas y comerciales con los clientes, incluyendo cartera de clientes y continuando con todos los trabajadores, a excepción de siete, entre ellos el actor, que la empresa transmitente tenía en el momento de la transmisión. Se ha producido la transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad, entendida como el conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, tal y como establece el artículo 44.2 del ET , para considerar que existe sucesión de empresa.

En efecto, atendiendo a los elementos que señala la jurisprudencia del TJUE, que pone de relieve que, 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, se ha de concluir que existe transmisión de empresa. A este respecto hay que señalar que tanto la empresa transmitente como la adquirente se dedican a la actividad de agencia de viajes, la adquirente ha continuado la actividad de la transmitente, ha habido transmisión de elementos materiales, como son los locales arrendados en los que la transmitente desarrollaba su actividad, se han transmitido las relaciones jurídicas y comerciales con los clientes, incluyendo cartera de clientes, la adquirente se ha hecho cargo de un número relevante de trabajadores de la transmitente.

No cabe admitir, como alega la recurrente que la empresa Viajes Barceló SL no se hizo cargo de los Servicios Centrales de Administración donde el actor desempeñaba su actividad ya que en el ámbito laboral solo resulta trascendente, a efectos de la transmisión. el que esta afecte a una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma y los citados Servicios no tienen este carácter, ya que son un departamento de la empresa, como el propio recurrente señala en su escrito de recurso por lo que no cabe que se segreguen de la empresa que se transmite y permanezcan sin transferir. Se ha transmitido una empresa y, por lo tanto, se transmiten todos sus departamentos, pudiendo quedar fuera de dicha transmisión únicamente los centros



de trabajo y las unidades productivas autónomas cualidad, que ya se ha apuntado, no es predicable de un determinado departamento de la empresa, de los Servicios Centrales de Administración.

Tampoco cabe entender que tales servicios han de permanecer en Viajes Baixas SA para desarrollar la actividad on line que esta se reservó tras la transmisión, ya que no ha quedado acreditado que los mismos se dedicaran a la citada actividad con anterioridad a la transmisión, habiendo quedado, por el contrario, acreditado que dicha actividad duró solo cinco meses una vez que se realizó la transmisión y que, una vez producida ésta, la actividad había disminuido notablemente. No cabe duda de que los Servicios Centrales de Administración son imprescindibles para la adecuada gestión de la empresa transmitida, dada la amplitud de elementos personales y patrimoniales transmitidos, así como el volumen de actividad.

CUARTO.-1.- El recurrente alega que no ha existido fraude de ley ya que el trabajador siempre perteneció a Viajes Baixas SA, esta empresa le despidió y las causas alegadas en la carta -despido objetivo por causas económicas, organizativas y de producción- han quedado acreditadas, habiendo continuado prestando servicios para esta empresa durante seis meses después de producida la transmisión en la modalidad on line de agencia de viajes minorista-mayorista.

2.- Respecto al fraude de ley, la precitada sentencia de 23 de septiembre de 2014, casación 231/2013, contiene el siguiente razonamiento: «En cuanto a la acreditación del fraude de Ley, en esta misma sentencia de la Sala se razona que : "el fraude de Ley no se presume y ha de ser acreditado por el que lo invoca (SSTS 16/02/93 -rec. 2655/91 -; ... 21/06/04 - rec. 3143/03 -; y 14/03/05 -rco 6/04 -], lo que puede hacerse -como en el abuso del derecho- mediante pruebas directas o indirectas, admitiendo las presunciones entre estas últimas el art. 1253 CC [actualmente, arts. 385 y 386 LECiv] (SSTS 04/02/99 -rec. 896/98 -; ... 14/05/08 -rcud 884/07 -; y 06/11/08 -rcud 4255/07 -); y aunque el fraude es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma (SSTS 04/07/94 -rcud 2513/93 -; ... 16/01/96 -rec. 693/95 -; y 31/05/07 -rcud 401/06 -), de todas formas es suficiente con que los datos objetivos revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley (SSTS 19/06/95 -rco 2371/94 -; y 31/05/07 -rcud 401/06 -)".

En el mismo sentido sentencias de 18-02-2014 (recurso casación 151/2013), 18 (3) -02-2014 (recursos casación 115/2013, 151/2013 y 228/2013)", 19/02 - 2014 (recurso casación 150/2013). 20-02-2014 (recurso casación 116/2013), 14-04-2014 (recurso casación 208/2013), 15-04-2014 (recurso casación 86/2013), 16-04-2014 (recursos casación 152/2013 y 261/2013) y 20-05-2014 (recurso casación 153/2013)».

3.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado, se ha de concluir que ha existido fraude de ley. En efecto, el contrato de compraventa suscrito el 22 de febrero de 2011, efectos económicos del 1 de marzo de 2011, entre Viajes Barceló SL y Viajes Baixas SA por el que la primera se subrogaba en todos los trabajadores de la segunda, con excepción de siete, entre ellos el actor, estaba eludiendo la aplicación de una norma, el artículo 44 del ET, de carácter imperativo y no disponible por las partes, ya que con el citado contrato se estaban burlando los derechos de los trabajadores que les concede el precitado artículo 44 del ET.

Apreciada la concurrencia de fraude no resta sino concluir que procede la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir, es decir, el artículo 44 del ET, lo que conduce a mantener la declaración de la improcedencia del despido del actor y la condena solidaria de las dos empresas, Viajes Barceló SL y Viajes Baixas SA.

QUINTO.- Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso formulado, condenando en costas a la recurrente, con pérdida del depósito y consignación efectuados para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de VIAJES BARCELÓ SL frente a la sentencia dictada el 24 de julio de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el recurso de suplicación número 2837/2014, interpuesto por D. Rafael frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 11 de Barcelona el 8 de enero de 2013, en los autos número 693/2011, seguidos a instancia de D. Rafael contra VIAJES BAIXAS SA, HOTELES TURÍSTICOS UNIDOS SA, FOGASA y VIAJES BARCELÓ SL, sobre DESPIDO y EXTINCIÓN DE CONTRATO. Se condena en costas a la recurrente. Se acuerda la pérdida del depósito y consignación efectuados para recurrir, a los que se dará el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ