



Roj: **STSJ CL 5340/2015 - ECLI: ES:TSJCL:2015:5340**

Id Cendoj: **09059340012015100737**

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

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **18/11/2015**

Nº de Recurso: **686/2015**

Nº de Resolución: **793/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **CARLOS JOSE COSME MARTINEZ TORAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL 1

BURGOS

SENTENCIA: 00793/2015

RECURSO DE SUPPLICACION Num.: 686/2015

Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA N°: 793/2015

Señores:

Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Presidente Accidental

Ilmo. Sr. D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero

Magistrado

Ilma. Sra. D^a. Raquel Vicente Andrés

Magistrada

En la ciudad de Burgos, a dieciocho de Noviembre de dos mil quince.

En el recurso de Suplicación número **686/2015** interpuesto por DON Estanislao frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos, en autos número 388/2015 seguidos a instancia del recurrente, contra AGRUPATEL BURGOS S.A., ALSER AUTOMATICA S.L. y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, en reclamación sobre Cantidad. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Don **Carlos Martínez Toral** que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 15 de Junio de 2015 cuya parte dispositiva dice: "FALLO.- Que desestimo la demandada formulada por D. Estanislao contra el **FONDO DE GARANTÍA SALARIAL** .



SEGUNDO .- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: **PRIMERO**.- D. Estanislao prestó sus servicios para la empresa A.L.S.E.R. AUTOMÁTICA S.L., en virtud de contrato indefinido desde el día 20/2/2006 hasta el 31/5/2012 en que fue despedido por causas objetivas. La empresa A.L.S.E.R. AUTOMÁTICA S.L. entregó junto a la carta de despido un pagaré por importe de 6.296,60 euros en concepto de indemnización por despido. A.L.S.E.R. AUTOMÁTICA S.L. abonó al actor 550 euros en febrero de 2013 y 550 euros en mayo de 2013. **SEGUNDO**.- D. Estanislao prestó sus servicios para la empresa AGRUPATEL S.L., en virtud de contratos temporales por desde el día 4/6/2012. Por el actor se interpuso demanda de resolución indemnizada de contrato de trabajo por falta de pago de salario en fecha 24/5/2013, dando lugar a los autos nº 764/13, seguidos ante el Juzgado de lo Social nº 3 de Burgos, procedimiento que concluyó con acuerdo obrante en el acta de conciliación de fecha 8/11/2013 en el que consta que la empresa AGRUPATEL S.L. reconocía la concurrencia de causa de resolución por impagos y retrasos salariales con efectos de 31/5/2013 y adeudar al trabajador la cantidad de 12.986,93 euros correspondientes a la indemnización que se calcula a razón de 30 días por año atendiendo a un salario de 1.791,30 euros y a la antigüedad de 20/2/2006 al haber operado sucesión de empresa entre las codemandadas. El trabajador desistió respecto a A.L.S.E.R. AUTOMÁTICA S.L. y D. Leovigildo . En dicha conciliación judicial no fue parte el FOGASA. **TERCERO**.- En autos de ejecución de títulos judiciales nº 278/2013 se despachó ejecución de lo acordado en el acto de conciliación judicial mediante auto de 21/1/2014. Por Decreto de fecha 9/9/2014 se declaró la insolvencia de AGRUPATEL S.L. **CUARTO** .- Iniciado expediente de solicitud de prestaciones al FOGASA, este concluyó con resolución de fecha 6/2/2015 en la que se reconocía cantidad de 7.513,50 euros (6.010,80 en concepto de salarios y 1.502,70 en concepto de indemnización) con los fundamentos que constan en los folios 8 y 9 de los autos que se dan por reproducidos. De haberse tomando como base la antigüedad de 20/2/2006 el actor habría percibido la cantidad de 11.019,80 euros en concepto de indemnización. **QUINTO** .- El actor prestó servicios para A.L.S.E.R. AUTOMÁTICA S.L. y AGRUPATEL S.L. en la oficina sita en la Avenida Cantabria, nº 53 de Burgos. Dispuso del mismo número de teléfono y de distintas cuentas de correo electrónico en ambas empresas. AGRUPATEL S.L. se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad de Burgos, Tomo 649, Sección 8, Libro 440, hoja 14546. D. Torcuato , en su calidad de Administrador Único de la entidad confirió poder con carácter solidario a D. Leovigildo y D. Constancio . Tiene su domicilio social en la calle Carmen Sallés nº 2 de Burgos. A.L.S.E.R. AUTOMÁTICA S.L. se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad de Burgos, Tomo 359, Sección 8, Libro 150, hoja 5266. Fueron nombrados como administradores de la misma D. Leovigildo y D. Constancio . Tiene su domicilio social en Naves Pentasa 3, Nave 48 B, Burgos.

TERCERO .- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación la parte demandante siendo impugnado por la contraria Fondo de Garantía Salarial. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

CUARTO .- En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Frente a la sentencia de instancia, que ha desestimado las pretensiones de la demanda, se recurre en Suplicación por la representación de la actora, con un primer motivo de recurso, con amparo en el Art. 193 b) LRJS, pretendiendo varias revisiones de hechos. Al respecto y con carácter previo, debemos señalar que la jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.



5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente es esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores

Sentado lo anterior, se solicita una primera revisión 1.1 del ordinal segundo en referencia a las nóminas del actor y su contenido de antigüedad, la cual no se acepta la no ser las nóminas documentos hábiles e incluir elementos predeterminantes del fallo

La revisión 1.2 pretende una revisión del ordinal quinto, en sus términos, y no se acepta al implicar conclusiones improcedentes.

Como revisión 1.3 se pretende una revisión por adición de ordinal quinto, que contenga: "AGRUPATEL BURGOS S.L. se constituyó mediante escritura otorgada en Burgos el 21-5-12, ante el Notario José Luis Melo Peña". Dicha revisión se acepta en sus términos.

Como revisiones 1.4 y 1.5 se pretende la adición de un nuevo hecho probado, en sus términos, que no se aceptan al no deducirse, directamente y sin más, de los documentos invocados, implicando, por ello, valoraciones y conclusiones improcedentes.

Como revisiones 1.6 y 1.7, se pretende añadir nuevos ordinales, en sus términos, con remisión a los correos que se mencionan, lo cuales no son documentos hábiles a los efectos pretendidos, por lo que no se aceptan.

SEGUNDO: Finalmente, como motivo segundo de recurso, con ampro en el Art. 193 c) LRJS , se denuncia infracción del Art. 44 ET , entendiéndose ha existido la subrogación empresarial pretendida entre las empresas afectadas

Al respecto, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala, en supuesto similares, como recoge R, 241/2013: "En términos de revisión del fondo, al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del Art. 193 LRJS , denuncia el recurrente la aplicación indebida del Art. 44 ET por entender que no concurren en el supuesto aquí examinado las notas necesarias para declarar concurrente una sucesión empresarial, como así concluyó la Juzgadora de Instancia.

En cuanto a ello, esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la existencia o no de sucesión empresarial en relación a otros trabajadores contratados por la empresa Fidelis para el desempeño de las labores de digitalización, factoría de imágenes y archivo de documentación clínica del Nuevo Hospital de Burgos S.A. A las mismas consideraciones debemos estar. a los solos efectos de la apreciación del fenómeno sucesivo, pues las circunstancias de hecho concurrentes en cada uno de los supuestos enjuiciados son diferentes.

Así, esta Sala viene señalando en reiteradas sentencias "En relación a la interpretación del precepto aludido, la Sala Cuarta ha sentado doctrina ya consolidada sobre tal cuestión, en las que se superaba la antigua concepción de tal figura legal, apuntada en sentencias anteriores. Baste citar, entre otras, *Sentencias de 28 de abril , 23 de octubre y 7 de diciembre de 2009* (Rcd. 4614/07 , 2684/08 y 2686/08), y *17 de junio de 2008* (Rcd. 4426/06) expresa el Alto Tribunal 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."

Se impone por la Sala Cuarta, la interpretación del mentado precepto legal, 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".

Analiza así en *Sentencia de 12 de diciembre de 2002* , (Rec. 764/02) cada una de las cuestiones atinentes a la figura de la sucesión empresarial, a la luz de la normativa comunitaria, y en concreto:

1/ *Concepto de "transmisión" de empresa* , al aludir la normativa comunitaria 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 contraposición al tenor del Art. 44.1ET que 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 44la expresión "transmisión". Sienta ella Sala Cuarta que: " 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).

Y continúa expresando: " 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).

2/ *Concepto de transmisión de elementos organizados* , necesarios para llevar a cabo la actividad, concluyendo con cita de diversas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (*17 de diciembre de 1987 , My Molle Kiro, 287/86 , 12 de noviembre de 1992 , Watrson Risk y Christensen 209/91 , y 20 de noviembre de 2003 Abler y otros, C-340/0*)¹ que el ámbito de aplicación de la Directiva abarca todos los supuestos de un cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa , sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales concluyendo, la última de las sentencias citadas, que "la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueron puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 77/187 ".

3/ *Exigencia de vinculación contractual directa entre cedente y cesionario* , por remisión a la Sentencia Süzen del Tribunal Comunitario, concluyendo que "la inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario no puede revestir una importancia decisiva a este respecto, a pesar de que puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva. También puede producirse la cesión en dos etapas, a través de un tercero, como el propietario o el arrendador (*sentencia de 7 de marzo de 1996 Mercks y Neuhyus, asuntos acumulados C-171/94 y C72/94*). Tampoco excluye la aplicación de la Directiva la circunstancia de que el servicio o contrata de que se trate haya sido concedido o adjudicado por un organismo de Derecho público (*sentencia de 15 de octubre de 1996, Merke, 298/94*).

Asimismo, alude la Sala Cuarta, con cita expresa en su *sentencia de 7 de diciembre de 2011* (Rcud. 4665/2010) de jurisprudencia comunitaria, a la figura de " sucesión de plantillas" como elemento a tener en cuenta para concluir o no la existencia de sucesión de empresas, citando expresamente:

a/ *Sentencia de 11 de marzo de 1997, asunto 13/95 , Süzen*, en la que se concluye que: "En la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común, puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad, aun después de su transmisión, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, reproduciendo los términos de la sentencia Rygaard, antes citada (apartado 21), el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable".

b/ *Sentencia de 10 de diciembre de 1998 , C-173/96 y C- 247/96, Sánchez Hidalgo y otros*: " **El concepto de entidad remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio** (sentencia Süzen, antes citada, apartado 13). Dicha entidad, si bien debe ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos



significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo, a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción. De la doctrina contenida en las sentencias anteriormente consignadas se desprende que **en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continúa con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario** . Por contra, 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, no se considera que hay sucesión de empresas no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad".

En aplicación de dicha doctrina, al supuesto presente, partiendo de los ordinales de la sentencia de instancia, conforme a los mismos, ni se ha acreditado la transmisión de una entidad económica organizada, ni tampoco de la totalidad o mayor parte de los trabajadores de la empresa precedente. En su consecuencia, en relación con el At. 44 ET y el Art. 97.2 LRJS , procede, desestimando el recurso interpuesto, la confirmación de la sentencia recurrida. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por DON Estanislao frente a la sentencia de que dimana el presente rollo dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos de fecha 15 de Junio de 2015 , en autos número 388/2015 seguidos a instancia del recurrente, contra AGRUPATEL BURGOS S.A., ALSER AUTOMATICA S.L. y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, en reclamación sobre Cantidad, y en su consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en el artículo 97 de la L.R.J.S . y 248.4 de la L.O.P.J . y sus concordantes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante el Tribunal Supremo, significándoles que dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación, mediante escrito ajustado a los requisitos legales contenidos en los artículos 220 y 221 de la L.R.J.S ., con firma de Abogado o de Graduado Social Colegiado designado en legal forma conforme al art. 231 de la citada Ley .

Se deberá ingresar como depósito la cantidad de 600 conforme a lo establecido en el artículo 229.1.b de la L.R.J.S ., asimismo será necesaria la consignación por el importe de la condena conforme a los supuestos previstos en el art. 230 de la mencionada Ley , salvo que el recurrente estuviera exento por Ley o gozare del beneficio de justicia gratuita.

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la entidad Banesto, sita en la c/ Almirante Bonifaz nº 15 de Burgos, - en cualquiera de sus sucursales, con el nº 1062/0000/65/000686/2015.

Se encuentran exceptuados de hacer los anteriormente mencionados ingresos, los Organismos y Entidades enumerados en el punto 4 del artículo 229 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

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