



Roj: **STSJ CAT 10030/2016 - ECLI:ES:TJSCAT:2016:10030**

Id Cendoj: **08019340012016106840**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **28/10/2016**

Nº de Recurso: **4693/2016**

Nº de Resolución: **6195/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL PILAR MARTIN ABELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

F.S.

Recurso de Suplicación: 4693/2016

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMA. SRA. MARIA PILAR MARTIN ABELLA

En Barcelona a 28 de octubre de 2016

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 6195/2016

En el recurso de suplicación interpuesto por Onemix Trade, S.L. frente al Auto del Juzgado Social 1 Terrassa de fecha 21 de octubre de 2015 dictado en ejecución de sentencia en el procedimiento nº 130/2013 y siendo recurrido/a Carlos María y otros, Fiqui, S.A. y Fondo de Garantía Salarial, ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. MARIA PILAR MARTIN ABELLA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Mediante Auto de fecha 19.6.2015 . se estimó la pretensión ejercitada por los ejecutantes Carlos María , Jesús María , Juan Ramón y Pedro Enrique , extendiendo la responsabilidad declarada de FIQUI, SA., en las sentencias de despido que se ejecutaban contra la misma, a la mercantil ONEMIX TRADE. S.L., en tanto que sucesora de la actividad de aquélla y por aplicación de la doctrina del fraude de ley. Mediante Decreto de 19.11.2014, se acordó la acumulación de las ejecuciones nº 70/2014 Y 172/2014, seguidas contra FIQUI, S.A., por Jesús María , Juan Ramón y Pedro Enrique , contra FIQUI. S.A. y FOGASA, por importe total acumulado de 226.850.99 euros de principal y 34.027,63 euros de intereses y costas provisionales. Tal es la responsabilidad extendida contra la empresa ONEMIX TRADE S.L. por Auto de fecha 19.6.2015 .

SEGUNDO. - En fecha 9.7.2015 la ejecutada ONEMIX TRADE. S.L. interpone recurso reposición frente al Auto de 19.6.2015 . En fecha 25.9.2015, la ejecutada FIQUI S.A, se adhirió al recurso de ONEMIX TRADE, S.L. El recurso fue impugnado por los ejecutantes en fecha 25.9.2015. En fecha 21 de octubre de 2015 se dicta auto desestimando el recurso de reposición.



TERCERO .- Contra dicha resolución se interpone recurso de suplicación por el letrado de ONEMIX TRADE S.L. , que es impugnado por el letrado de los ejecutantes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Contra la sentencia de instancia se alza el letrado de ONEMIX TRADE S.L. invocando como único motivo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la infracción de los arts. 1251 y 1816 CC , art. 9.3 CE , 24.1 CE , art 44 ET , Directiva 77/187 CEE 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.

La recurrente considera que no se cumplen los requisitos necesarios para ampliar la ejecución contra un tercero que no ha sido parte en el proceso por cuanto el negado cambio en la titularidad de la empresa no se ha producido con posterioridad al título ejecutivo. El actor tuvo conocimiento del teórico hecho sucesorio y pudo ampliar la demanda contra el hipotético nuevo empresario ONEMIX TRADE S.L, a quien debió haber permitido el acceso al juicio declarativo con todas las garantías. ONEMIX TRADE S.L. se constituyó en fecha 3 de junio de 2013. Los hechos son conocidos por los actores ejecutantes, pues se desprende de sus escritos de ejecución, que el trabajador Sr. Celestino ingresó en ONEMIX TRADE el 15/10/2013 como se recoge en el auto recurrido. Conocedores de dichas circunstancias, no existía impedimento alguno para haber demandado a la recurrente en el proceso declarativo correspondiente, pues es un hecho declarado probado que los trabajadores Jesús María , Juan Ramón y Pedro Enrique presentaron demanda por despido los dos primeros el 3/6/2013 y el segundo 13/9/2013, y que conocedores de esta supuesta y negada sucesión empresarial, la misma es descrita con una continuidad del ejercicio de la actividad empresarial, por lo que desde la indicada fecha hasta el 28/1/2014, fecha de la vista del juicio del despido, es decir durante más de 7 meses tuvieron y debieron en cualquier caso haber solicitado la ampliación de la demanda contra la recurrente, para en su caso haber podido comparecer en el ejercicio de sus legítimos intereses y en la fase declarativa. Desde el alta del trabajador Sr. Celestino hasta la fecha del juicio pasaron casi cuatro meses. Es un dato objetivo, que existe una coexistencia de ambas mercantiles por más de un año y medio. Por ello, si los actores deseaban ampliar la responsabilidad tendrían necesariamente, que instar un proceso ordinario declarativo en el que se declare la subrogación y, por ende, se amplíe la responsabilidad del nuevo empresario como responsable solidario en virtud del art. 44 ET .

Sobre la cuestión planteada, dispone el art. 240.2 de la LRJS que " 2. La modificación o cambio de partes en la ejecución debe efectuarse, de mediar oposición y ser necesaria prueba, a través del trámite incidental previsto en el artículo 238. Para que pueda declararse, es requisito indispensable que el cambio sustantivo en que se funde, basado en hechos o circunstancias jurídicas sobrevenidos, se hubiere producido con posterioridad a la constitución del título objeto de ejecución."

Sobre dicho precepto se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de fecha 20 de julio de 2016 Rec. 2432/2014 señalando que " 2.- *Para dar respuesta a la cuestión planteada debe tenerse en cuenta, con carácter previo y general, que es posible que en la ejecución no actúen quienes, por su nombre, sean los designados en el título como acreedores o deudores, sino otros que hayan « sido declarados sucesores de unos u otros » (como se deducía del art. 238 LPL y ahora con carácter general del art. 240.1 LRJS). La norma comprende, en principio, cualquier hipótesis de sucesión, global o singular, entre vivos o mortis causa. En ocasiones, por tanto, aun existiendo realmente quien figure en el título ejecutivo como acreedor o como obligado, puede acontecer que como consecuencia de hechos posteriores a la constitución del título la ejecución no se pueda o no se deba seguir, en todo o en parte, por o frente al inicial o iniciales acreedores u obligados y que lleguen a adquirir el carácter de acreedores o de deudores y la derivada, en su caso, condición de ejecutantes o de ejecutados quienes no estaban originariamente designados en el título con tal calidad.*

3.- *El cambio o sucesión de partes en el proceso puede tener lugar, no sólo en el proceso declarativo, sino también en el de ejecución, por lo que en este último caso resultarán legitimados como ejecutantes o como ejecutados los sujetos designados como acreedores o deudores en el título ejecutivo que sirva de base a la correspondiente ejecución y además, sustituyéndoles en su posición o conjuntamente con aquéllos, los declarados sucesores de unos u otros, en todo o en parte; siendo posible tal cambio, de acreditarse el hecho que lo origine, bien consista en una sucesión " mortis causa " o bien " inter vivos " acaecidos con posterioridad a la constitución del correspondiente título. En cuanto ahora más directamente nos afecta, cabe destacar que los cambios en el proceso de ejecución de empresa o empresas ejecutadas derivarán, entre otros supuestos (así, art. 1 ET) y con mayor frecuencia, de los cambios por actos inter vivos, expresos o tácitos, que afecten a la titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la inicial ejecutada, con fundamento en el art. 44.1 y 3 ET/1995 (modificado por Ley 12/2001 de 9 de julio y sin perjuicio de las especialidades previstas en la Ley Concursal, como dispone el art. 57 bis ET/1995), y que, como regla, más que un real cambio de un ejecutado*

por otro implicará una ampliación de la ejecución frente al nuevo empresario, ya que la cesión, total o parcial, no extingue la responsabilidad del cedente, sino que cedente y cesionario responden ambos solidariamente de las obligaciones laborales que se ejecuten nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

4.- La jurisprudencia de esta Sala de casación, en especial a partir de la STS/IV 24-febrero-1997 (rcud 1977/1996), ya interpretó los arts. 236 y 238 LPL/1990, en el sentido de que era dable en el trámite incidental ex art. 236 LPL declarar la sucesión procesal de la parte ejecutada derivada de los supuestos de sucesión empresarial fundados en el art. 44 ET siempre que además de concurrir, en su caso, los presupuestos exigidos en dicho precepto sustantivo, la sucesión cuya declaración se pretenda en el ámbito de un proceso de ejecución hubiere acontecido con posterioridad a la constitución del título ejecutivo; concluyendo que:

" a) La existencia de un cambio de titularidad de empresa o supuestos a ello asimilados, así como de su alcance y consecuencias, pueden determinarse y declararse en el ámbito del proceso de ejecución laboral. La posibilidad del cambio de la parte ejecutada ya fue aceptada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 206/89 de 14-XII, en la que se permite como válida la extensión subjetiva de la eficacia de la sentencia, afirmándose que no resultaría incompatible con el derecho fundamental contenido en el artículo 24 de la Constitución el que, sin haber sido una entidad parte en el proceso laboral, ni condenada en el fallo de la sentencia que le puso término, dictada exclusivamente contra otra entidad, pudiera, sin embargo, ser obligada a cumplirla, de haberse producido una eventual sucesión de empresa y que, en consecuencia, fuera aplicable lo dispuesto por el artículo 44 Estatuto de los Trabajadores, en virtud del cual el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior.

b) La modificación o cambio de partes en la ejecución, -- en especial, en cuanto ahora nos afecta, de la ejecutada --, debe efectuarse, como regla, de mediar oposición y ser necesaria prueba, a través del trámite incidental del artículo 236 LPL, efectuándose en la comparecencia las alegaciones y practicándose la prueba oportuna, y con posibilidad de intervención, en condiciones de igualdad con las partes, de todos los interesados (art. 238 LPL). La ausencia de tales garantías, de originar indefensión, debe comportar la nulidad del pleno derecho de los actos procesales viciados (art. 238.3 Ley Orgánica Poder Judicial).

c) Ahora bien, en cuanto al fondo, cuestión distinta es la que para que puede declararse el cambio procesal de partes en el proceso de ejecución, es requisito indispensable que el cambio sustantivo en que se funde se hubiere producido con posterioridad a la constitución del título ejecutivo que constituya la base del concreto proceso de ejecución o, dicho de otro modo, que esté fundado en circunstancias distintas y posteriores al previo enjuiciamiento. Argumento que es dable también deducir de la STC 194/1-993 de 14-VI.

d) Por lo que, en suma, de producirse tal cambio sustantivo con posterioridad a la constitución del título, y acreditarse en el proceso de ejecución -- a través del trámite incidental (art. 236 LPL) --, ello podrá comportar, en consecuencia, un cambio o ampliación procesal de partes en la ejecución, sin necesidad de iniciar un nuevo proceso declarativo frente a los sucesores que quedarán vinculados por el título ejecutivo dictado contra su causante ".

5.- La anterior doctrina, también en supuestos de cambio de parte ejecutada, fue reiterada, entre otras, en SSTS/IV 10-diciembre-1997 (rcud 1182/1997, sucesión ex art. 44 ET), 9-julio-2003 (rcud 1695/2002, idoneidad del procedimiento incidental para ampliación de la ejecución a terceros que no fueron parte en el pleito), 16-julio-2003 (rcud 2343/2002, adquisición en subasta interpretando que en el caso analizado no se estaba en el supuesto ex art. 44 ET, pues cuando se produjo la adjudicación ya no existía ninguna organización que reunía condición de empresa o parte de ella), 25-enero-2007 (rcud 4137/2007, no posibilidad ampliación partes cuando la extensión de la condena pretenda llevarse, por la vía de la denominada teoría del "levantamiento del velo", en supuestos en los que los hechos determinantes de la pretendida responsabilidad, de tercero no incluido en la ejecutoria, deba derivarse de actos y conductas anteriores al juicio y que en él debieron ventilarse).

6.- La expuesta jurisprudencia de esta Sala ha tenido reflejo directo, especialmente, en el art. 240.2 LRJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social), en el que se dispone que " La modificación o cambio de partes en la ejecución debe efectuarse, de mediar oposición y ser necesaria prueba, a través del trámite incidental previsto en el artículo 238. Para que pueda declararse, es requisito indispensable que el cambio sustantivo en que se funde, basado en hechos o circunstancias jurídicas sobrevenidos, se hubiere producido con posterioridad a la constitución del título objeto de ejecución " y, por otra parte, en el referido art. 238.I LRJS se preceptúa que " Las cuestiones incidentales que se promuevan en ejecución se sustanciarán citando de comparecencia, en el plazo de cinco días, a las partes, que podrán alegar y probar cuanto a su derecho convenga, concluyendo por auto o, en su caso, por decreto que habrán de dictarse en el plazo de tres días. El auto resolutorio del incidente, de ser impugnado en suplicación o casación, atendido el carácter de las cuestiones decididas, deberá expresar los hechos que estime probados ".



Aplicando dicha doctrina al caso de autos, no podemos sino desestimar las alegaciones de la recurrente por cuanto si bien es cierto que ONEMIX TRADE S.L. se constituyó en fecha 3 de junio de 2016 y que el trabajador Celestino inició la prestación de sus servicios en fecha 15.10.2013, antes de la fecha del juicio de despido de los ejecutantes que los trabajadores Jesús María , Juan Ramón y Pedro Enrique , en ese momento no podemos considerar que los recurrentes pudieran haber tenido conocimiento de la existencia de sucesión de empresa de FIQUI S.A. en ONEMIX TRADE S.L. pues los indicios para considerar que existía ese fenómeno sucesorio en ese momento no eran suficientes, siendo uno de los requisitos para la existencia de sucesión de empresa la identidad de objetos (identidad que no se produce hasta el 2.8.13 cuando ONEMIX TRADE S.L. cambia su objeto social, y no en el momento de su constitución) y la prestación indistinta de servicios de los trabajadores para ambas empresas (no constituyendo indicio suficiente que un solo trabajador hubiera prestado servicios para ambas empresas, no existiendo la prestación de servicios de otro trabajador - Onesimo - hasta una fecha posterior a la sentencia de aquellos procesos, en fecha 26.5.14). A ello se une el hecho de que la recurrente manifiesta en su recurso que la fecha efectiva de inicio de su actividad mercantil es el 2/10/2013 - y no la fecha de su constitución-. Se cumple por ello el requisito de que el cambio sucesorio se haya producido con posterioridad al título ejecutivo pues éste es por un lado la propia sentencia de despido del Sr. Carlos María , que es de 15.4.2013 -demanda de 5.9.2012-, y en el caso del resto de ejecutantes, la demanda se interpone el 3.6.2013 y el 13.9.2013, celebrándose la vista oral el 28.1.2014 y dictándose sentencia el mismo día, siendo éste el título ejecutivo, sin que podamos considerar que los ejecutantes podrían haber tenido conocimiento de la existencia de sucesión de empresa antes de la vista oral y haber ampliado la demanda contra ONEMIX TRADE S.L. La recurrente pretende la revisión del fundamento jurídico primero del auto que se recurre, lo que debe ser desestimado al no haberse estimado sus alegaciones. El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO .- Subsidiariamente se alega como motivo del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la infracción de la doctrina, las normas sustantivas, legislación y jurisprudencia sobre el art. 44 del ET relativo a la sucesión de empresa.

La recurrente considera que no se ha acreditado por los actores, a quien incumbe la carga de la prueba, la existencia de los elementos esenciales de la sucesión de empresa, pues no existe transmisión de elementos patrimoniales de una empresa a otra , de la infraestructura necesaria y de un conjunto total operante que suponga la continuidad de la actividad empresarial y no existe una confusión patrimonial de empresa. De los hechos declarados probados, se desprende que las máquinas de FIQUISA fueron embargadas por la seguridad social y se constituyó un depósito en febrero de 2014, la nave o centro de trabajo está vacía, no hay maquinaria industrial, consta un letrero " nos hemos traslado a Sabadell" así como carteles de en venta, sin suministros de luz, el contador de luz está desinstalado por la compañía eléctrica, existe un cese en la explotación de registro de marcas propias de FIQUISA (perdió los ROESP Registros sanitarios y ONEMIX TRADE S.A. ha solicitado y obtenido su inscripción en el indicado Registro). Para que se produzca transmisión de empresa, es necesario que la empresa que se transmite esté viva y en funcionamiento, lo que no es el caso de FIQUISA en ese contexto. De dudarse del efectivo cese de las actividades de la mercantil FIQUISA estaríamos aplicando al supuesto la doctrina del grupo patológico de empresas, que no ha sido alegado en la instancia. Tampoco hubo transmisión de elementos esenciales para el desarrollo de la actividad empresarial de FIQUISA a ONEMIX pues se aportó las pólizas de crédito con aval personal del administrador y se acompañó contratos de apertura de cuenta corriente del administrador de ONEMIX TRADE S.L. coincidentes con el inicio de la actividad mercantil y un certificado de la situación censal de la Agencia Tributaria acreditativo del alta en fecha 1/8/2013. Tampoco hay transmisión de elementos productivos, pues se compró la maquinaria a IRON METAL S.L. desde el 2/10/2013- fecha efectiva de inicio de la actividad mercantil hasta la actualidad-, y a BP MACHINERY el 24/10/2013. Se acompañó contrato de Prestación de servicios entre LABORATORIOS AGROCHEM S.L. y de ONEMIX TRADE S.L. acreditativo de que la primera asume la fabricación, formulación y almacenaje de los productos de ONEMIX TRADE en su nave industrial sita en Esparraguera, y la contraprestación dineraria que ONEMIX S.L. satisface a cambio de la utilización de dicho espacio físico en la referida nave industrial propiedad de AGROCHEM S.L., que es el centro de trabajo de ONEMIX. Ésta utiliza un centro de logística sito en Terrassa para la recepción y entrega de mercancías, que son trasladadas mediante la empresa TRANSAR EXPRESS S.L desde dicho centro logístico hasta la nave industrial sita en Esparraguera para paliar el inconveniente de trabajar en horario nocturno. La empresa RAMAQ VALLES ha alquilado a ONEMIX TRADE S.L. 200 metros lineales en la nave industrial sita en Calle colon 586 20 por 300 €. El Sr Luis Alberto es licenciado en administración agropecuaria y percibe honorarios como administrador de la sociedad. Considera que no procede extender la responsabilidad a ONEMIX TRADE S.L. pues el Sr. Luis Alberto utilizó una sociedad ya constituida porque lo había hecho antes y le había resultado satisfactorio. No existe identidad de objeto, pues lo que coincide es fruto de la actividad de IAE y lo que debe valorarse es el CNAE siendo diferentes pues en FIQUISA es la fabricación de pesticidas y otros productos agroquímicos, y en ONEMIX fabricación de otros productos químicos, no existiendo sucesión de empresa por el hecho de que los servicios prestados por ambas mercantiles antigua y nueva adjudicataria sean similares. COMERCIAL QUÍMICA MASSÓ S.A. era proveedora de FIQUISA en enero de 2013 y empieza



a ser proveedora de ONEMIX un año más tarde, en diciembre de 2013 y 6 meses después de su efectiva creación. No pudo acreditarse que el fondo de comercio de ONEMIX no fuera el mismo que el de FIQUISA porque se desconoce el de ésta,.. y no se pidió por prueba anticipada, como pudo hacerse, relación de facturas, clientes, proveedores, etc de ambas mercantiles, cargar la prueba a aquélla es pedir una prueba diabólica. El hecho de que dos trabajadores de FIQUISA trabajen para ONEMIX en un sector especializado en que sólo hay 8 mercantiles, no es base para realizar la ampliación acordada. Si según el auto se utilizan los medios de producción de FIQUISA en Terrassa, porqué fabricar en Esparraguera asociado con Laboratorios Agrochem y pagarle un alquiler, o contratar los servicios de Transar Expres S.L. si puede utilizar los de aquélla. También está disconforme con las consideraciones de la prueba de detective, pues no se sabe a qué nave se refiere, pudo ser la alquilada a RAMAQ VALLÉS, vigente el 6/05/2015 y la nave observada no tenía luz, ni escuchó ningún tipo de maquinaria funcionando, ni cargaron o descargaron algún material, y atestiguan en relación a sólo un día concreto, sin que se pueda hacer responsable a ONEMIX, cuando en esa fecha tenía centro de trabajo en Esparraguera.

No se ha declarado probado que exista coincidencia entre las personas que formaban parte del accionariado o de los órganos de administración ya sea de hecho o de derecho de FIQUISA con los de ONEMIX TRADE, ni se ha practicado prueba para acreditar que el control efectivo de la sociedad no correspondía a sus legales órganos de administración. Los trabajadores manifestaron al ser interrogados que trabajaban bajo las únicas órdenes de Luis Alberto . También el legal representante de Comercial Massó dijo que trataba con el Sr. Luis Alberto . No se ha acreditado que el Sr. Luis Alberto pudiera conocer las deudas de FIQUISA.

Sobre la cuestión invocada, debemos empezar diciendo que la sucesión legal comporta un cambio en la titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma. Pero para que exista la sucesión legal, además, esa empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transmitida al nuevo empresario debe conformar 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 accesorio.

El concepto legal de sucesión de empresa debe interpretarse a la luz de la normativa europea y de la jurisprudencia del TJUE (TS 28-4-09 , EDJ 92568; 23-10-09 , EDJ 271408; 7-12-11 , EDJ 308043; 24-7-13 , EDJ 173602; 23-9-14 , EDJ 209429; 14-4-16 , EDJ 58366La definición legal de la sucesión de empresa se realiza a partir de dos requisitos esenciales o constitutivos: uno subjetivo y otro objetivo. El elemento subjetivo va referido al cambio de titularidad nominativa de la empresa o de una parte significativa de la empresa (un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma), es decir, la sustitución de un empresario laboral por otro. El elemento objetivo consiste en la transmisión efectiva al nuevo empresario de una entidad económica que mantiene su identidad, es decir, que es susceptible de explotación o gestión separada, de modo que permite al nuevo empresario continuar (o reanudar) la actividad económica (TS 23-9-97 , EDJ 6050; 15-4-99 , EDJ 9259; 1-3-04 , EDJ 31837; 24-9-12 , EDJ 228933; 19-12-12 , EDJ 307252; 26-2-13 , EDJ 41046; 5-6-13 , EDJ 127603). Los dos elementos (objetivo y subjetivo) deben concurrir obligatoriamente para aplicar su régimen jurídico.

Un tercer elemento, implícito dentro del objetivo, es el referido al destino dado a la entidad económica transmitida al cesionario (elemento teleológico), a saber: la explotación de una actividad económica igual o similar a la realizada por el cedente.-08, C-396/07 ; 11-9-14, C-328/13).

En cuanto al primer elemento, la sucesión de empresa no exige que el cedente sea propietario de la entidad económica que transmite ni que el cesionario adquiera la propiedad de la entidad económica que recibe (TJUE 17-12-87, C-287/86 ; 2-12-99, C-234/98 ; 24-1-02, C-51/00 ; 26-5-05, C-478/03 ; 15-12-05, C-232/04 y C-233/04). La sucesión de empresa exige un cambio en la titularidad nominativa de la entidad económica transmitida, sin necesidad de que haya transmisión de la propiedad del cedente al cesionario. La vinculación o tracto directo entre cedente y cesionario tiene un mero valor indiciario de la existencia de sucesión de empresa (TS 5-3-13 , EDJ 46889; 8-7-14 , EDJ 269306; 9-7-14 , EDJ 166652; 10-7-14 , EDJ 180106; 9-12-14 , EDJ 275297; 12-3-15, Rec 1480/14). La sucesión legal de empresa no exige que haya relación contractual directa entre el cedente y el cesionario, pudiendo producirse la transmisión en dos etapas a través de la intervención de un tercero, como el propietario o el arrendador.

En cuanto al segundo elemento, la transmisión, según la Ley, puede ser de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma; expresión que equivale a la empleada por la norma europea, referida al traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad (TS 5-3-13 , EDJ 46889; 8-7-14 , EDJ 269306; 9-7-14 , EDJ 166652; 9-12-14 , EDJ 275297; 12-3-15 , EDJ 58575).El objeto transmitido puede ser una empresa o a una parte de la empresa (centro de trabajo o una unidad productiva autónoma). El hecho de que la transmisión no alcance a la totalidad de la empresa, sino a una parte, no obsta para afirmar la existencia de sucesión de empresa (TJUE 12-11-92, C-109; 15-10-96, C-298/94 ; 24-1-02, C-51/00). Cuando la sucesión de empresa es parcial, la empresa cedente continúa existiendo después de la transmisión (TJUE 24-1-02, C-51/00). El objeto transmitido al cesionario (empresa, centro de trabajo o unidad



productiva autónoma) conforma una entidad económica que mantiene su identidad después de la transmisión (ET art.44.2), lo cual se aprecia porque es susceptible de explotación, permitiendo al cesionario continuar o reanudar efectivamente la misma actividad que el cedente u otra análoga (TJUE 18-3-86, C-24/85; 11-3-97, C-13/95; 2-12-99, C-234/98; 20-11-03, C-340/01; 13-9-07, C-458/05; 29-7-10, C-151/09; 9-9-15, C-160/14; 28-4-09, EDJ 92568; 7-12-11, EDJ 308043; 23-9-14, EDJ 209429; 22-10-15, EDJ 199576; 11-2-16, EDJ 15809; 29-3-16, EDJ 52163; 14-4-16, EDJ 58366; 14-4-16, EDJ 68790).

La entidad económica transmitida conserva su identidad no solo cuando el cesionario continúa la actividad del cedente sino, en ocasiones, también cuando la reanuda después de un periodo de inactividad. El hecho de que cesionario haya proseguido los trabajos de la cedente de forma continuada, sin interrupción ni cambio en la manera de realizarlos, es muy determinante para que haya sucesión de empresa, pero ello no significa que la interrupción temporal de la actividad económica suponga, en todo caso, ausencia de sucesión empresarial (TJUE 2-12-99, C-234/98); no es imprescindible que la explotación empresarial permanezca viva cuando se transmite para que haya sucesión legal de empresa, pudiendo estar interrumpida temporalmente en ese momento porque, por ejemplo, se trata de una actividad estacional y se transmite durante el periodo de inactividad; el cierre temporal de la empresa, y la consiguiente ausencia de personal (activo) en el momento de la transmisión, no pueden por sí mismas excluir la existencia de una transmisión de empresa (TJUE 17-12-87, C-287/86). En cualquier caso, no hay sucesión de empresa si los elementos que integran la entidad económica transmitida no son suficientes para reanudar la explotación. La entidad económica transmitida se define como un conjunto de medios organizados. Para determinar si realmente se transmite o no un conjunto de medios organizados susceptible de explotación económica, hay que tener en cuenta diversas circunstancias de hecho que caracterizan la operación (la transmisión) en cuestión, entre las que el TJUE ha destacado, en particular, las siguientes (TJUE 18-3-86, C-24/85; 19-9-95, C-48/94; 26-9-00, C-175/99; 9-12-04, C-460/02; 29-7-10, C-151/09; 20-1-11, C-463/09; 9-9-15, C-160/14; 26-11-15, C-509/14): 1. El tipo de empresa o centro de actividad transmitido y la naturaleza de las actividades desarrolladas. 2. El que se hayan transmitido o no elementos materiales (edificios, bienes muebles, existencias) e inmateriales (clientela, imagen de marca, conocimientos y técnicas). 3. El valor de los elementos materiales e inmateriales en el momento de la transmisión. 4. El hecho de que el cesionario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores del cedente. 5. El grado de similitud de las actividades ejercidas (por el cedente) antes y después (por el cesionario) de la transmisión. 6. La duración de una eventual suspensión de las actividades antes o después de la transmisión.

La Sala de lo Social del TS toma en consideración las mismas circunstancias que el TJUE para apreciar si existe transmisión de una entidad económica con autonomía funcional (conjunto de medios organizados destinados al desarrollo de una actividad económica) (TS 24-7-01, EDJ 31257; 27-6-08, EDJ 166859; 26-9-12, EDJ 228909; 23-9-14, EDJ 209429; 12-3-15, EDJ 58575; 22-10-15, EDJ 199576; 11-2-16, EDJ 15809; 29-3-16, EDJ 52163; 7-4-16, EDJ 52199; 14-4-16, EDJ 58366; 15-4-16, EDJ 68790).

Las circunstancias anteriormente señaladas deben apreciarse en su conjunto y no aisladamente y por separado. La importancia de cada circunstancia 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 de centro de actividad de que se trate (TJUE 11-3-97, C-13/95; 15-12-05, C-232/04 y C-233/04; 9-9-15, C-160/14; 26-11-15, C-509/14; TS 27-10-04, EDJ 174298; 7-2-12, EDJ 60203; 9-4-13, EDJ 68099).

En aquellas actividades que descansan fundamentalmente en la mano de obra (actividades desmaterializadas), la entidad económica transmitida puede estar integrada por un conjunto organizado de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad, sin apenas incluir elementos significativos de activo material, que a menudo se reducen a una mínima expresión (TJUE 10-12-98, C-173/96 y C-247/96; 13-9-07, C-458/05; 29-7-10, C-151/09; 20-1-11, C-463/09; 6-9-11, C-108/10). Si la entidad económica funciona sin elementos significativos de activo material, mantiene su identidad al margen de la transmisión de tales elementos. Cuando una actividad se basa esencialmente en la mano de obra, la entidad económica transmitida mantiene su identidad siempre que el cesionario continúe la actividad y asuma una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que el cedente destinaba a ella; a sensu contrario, la entidad económica transmitida no mantiene su identidad si el cesionario no se hace cargo de la mayor parte de la plantilla (TJUE 11-3-97, C-13/95; 20-1-11, C-463/09; 26-11-15, C-509/14).

En cuanto al tercer elemento, también es determinante el destino dado a la entidad económica transmitida (conjunto de medios organizados de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma). El cesionario debe desarrollar la misma actividad que el cedente u otra similar.

La mera circunstancia de que el cesionario continúe o retome la actividad del cedente (transmisión de la actividad) no es suficiente para afirmar la existencia de sucesión de empresa, porque la entidad económica transmitida no puede reducirse a la actividad que venía realizando el cedente (TJUE 11-3-97, C-13/95; 2-12-99, C-234/98; 26-9-00, C-175/99; 20-1-11, C-463/09; 9-9-15, C-160/14; TS 29-5-08, EDJ 155884; 15-7-13, EDJ



173590). El cesionario debe desarrollar la actividad con el conjunto de medios organizados que el cedente le ha transmitido (transmisión de entidad económica con autonomía funcional). La sucesión legal de empresa opera cuando hay transmisión de una entidad económica con autonomía funcional, pero no mero cambio en la titularidad en una actividad económica.

Aplicando dicha doctrina al caso de autos, no podemos sino estimar las alegaciones de la recurrente en cuanto a que no se dan los elementos necesarios para considerar que existe sucesión de empresa. Cierto es que existe una similitud de los objetos sociales de FIQUI S.A. y ONEMIX TRADE S.L. (pues la primera se dedicaba a la fabricación y venta, al mayor y al detall, con licencia propia y/o cedida de productos farmacológicos de veterinaria en general y, en especial, de fumigidas, insecticidas, raticidas y otros productos profilácticos de ganadería y avícolas, mientras que la segunda, tras haber modificado su objeto social en fecha 2.8.13 se dedicaba a la fabricación y comercialización de productos insecticidas, raticidas, moluscucidas y otros productos profilácticos de agricultura, ganadería y jardinería, bajo licencia propia o cedida), que 2 trabajadores de la empresa FIQUI S.A. han pasado a ser trabajadores de la empresa ONEMIX TRADE S.L., que la esposa -Sra. Apolonia - del apoderado de FIQUI S.A., -Sr. Gines - es socia minoritaria al 5% de participaciones por las que desembolsó 150 euros de ONEMIX TRADE S.L., y que el Sr. Luis Alberto - administrador de ONEMIX TRADE S.L. y el Sr. Gines acuden al mismo gimnasio, pero estos datos no son suficientes para considerar que ha existido sucesión de empresa. En efecto, según se desprende de lo que ordenan las normas comunitarias y estatales que se acaban de reseñar, es evidente que para que se pueda apreciar la existencia de sucesión de empresa, conforme a las mismas, es de todo punto necesario que se haya producido la transmisión de una "entidad económica" formada o estructurada por "un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica". Es claro, por consiguiente, que si no se produce la cesión de ese conjunto de medios organizados difícilmente podrá existir traspaso o sucesión de empresas. Consecuentemente, cuando no existe transmisión de una unidad productiva autónoma, cuando no se transmiten una serie de elementos personales y materiales organizados para llevar a cabo una actividad productiva, no puede hablarse de sucesión empresarial. Excepcionalmente, cuando la nueva empresa continúa desempeñando la misma actividad que la anterior y contrata a gran parte de los empleados de la misma, si ese conjunto de empleados tiene entidad económica autónoma, puede hablarse de sucesión de empresa cuando sucede en la actividad y en la plantilla, figura denominada "sucesión en la plantilla" que se produce en los supuestos en los que la actividad descansa sustancialmente en la utilización de mano de obra, no siendo relevantes los medios materiales, lo que no acontece en el caso de autos.

En el caso actual no ha habido ninguna transmisión de medios materiales, pues de los hechos probados se infiere que ONEMIX TRADE S.L. desde que modifica su objeto social, formalizó préstamo Línea ICO con BBVA el 21.7.2014, renovado el 15.1.2015, habiendo cursado alta censal el 1.8.2013 y habiendo abierto cuenta de empresa con BBVA en noviembre de 2013; compró a IRON METAL, S.L., maquinaria (matrices, rodillos-cojinetes, etc.) desde el 2.10.2013, siendo entregada, montada y revisada la misma en c/ Tres Rieres nº 10 de Esparreguera; y compró maquinaria a BP Machinery en octubre de 2013. Ha solicitado y obtenido su inscripción en el registro oficial de establecimientos y servicios plaguicidas -ROESP el 4.4.2014. Fijó su domicilio social en el momento de su constitución en fecha 3.6.2013 en c/ Marqués de Mulhacen nº 8 de Barcelona, y cuando cambió su objeto social en c/ Girona nº 107, ler. Piso. Sabadell. El día 4.3.2014, formalizó con LABORATORIOS AGROCHEM, S.L., con domicilio en Esparreguera, contrato de prestación de servicios para la -fabricación, formulación y almacenaje por parte de aquella de los productos que esta les facilite, por precio de 230 euros mensuales y duración de 5 años. La empresa de logística TRANSAR EXPRESS. S.L con sede en Terrassa, c/ Esla nº 31 ha recepcionado, desde el 6.5.2014, mercancías para ONEMIX TRADE, S.L., remitidas por esta desde la c/ Tres Rieres nº 10 de Esparreguera. La empresa RAMAQ VALLES. S.L. ha alquilado a ONEMIX TRADE, S.L., el 2.1.2015, 200 metros lineales de estanterías en la nave propiedad de la arrendadora sito en la c/ Colón nº 586, nave 2, Terrassa, por importe de 300 euros mensuales, donde ONEMIX TRADE, S.L., guarda material. FIQUI tenía su último domicilio social en Sabadell, c/ Can Cuadras s/n. según contrato de arrendamiento formalizado el 1.7.2013, y con anterioridad constaba en Terrassa en la c/ Colón nº 564, nave 3). Tiene embargada diversa maquinaria (envasadoras, mezclador/pesadora, codificador, tolva) por la TGSS, estando fijada subasta para el 5.3.2014. En fecha 21.2.2014, FIQUI, S.A., a través de la sra. Justa, y el sr. Santiago, en nombre propio, elevaron a público el contrato de depósito de maquinaria formalizado el 18.2.2014, recogiendo el documento privado que FIQUI, S.A. abandona, por impago de rentas, el local sito en c/ Can Cuadras de Sabadell. En fecha 11.12.2013 Justa cedió la venta y/o explotación de diversos productos y registros (7 biocidas) como dación en pago de deuda a IMPORT QUIMICA, S.L. En la puerta del local sito en Terrassa, c/ Colón nº 564, nave 3, consta un letrero de "Ens hem traslladat a Sabadell", así como carteles de "en venda", pero no constan en modo alguno las señas nuevas. El 22.5.2015, en la nave no hay maquinaria industrial, pero sí almacenado material de embalaje (cajas de cartón, bobinas de plásticos, sacos, palets, etc), estando el contador de la luz desinstalado por la compañía eléctrica.



De los hechos probados no puede inferirse la transmisión de elementos materiales que conservan su identidad pues los domicilios de ambas sociedades son distintos (sólo en algún momento en el tiempo coincide en la localidad de Sabadell o en Terrassa cuando ONEMIX alquila la nave 2 en la misma calle que la nave 3 de FIQUI - pero esto ocurre cuando ésta ya estaba de baja en la TGSS y en fecha 2.1.2015, posterior al auto de acumulación de ejecuciones de los actores), ONEMIX TRADE compra su propia maquinaria a las empresas IRON METAL, S.L., y a BP Machinery, no pudiendo utilizar la de FIQUI al estar embargada por la TGSS, y ONEMIX solicita su propia inscripción en el registro oficial de establecimientos y servicios plaguicidas. El magistrado de instancia extrae la consideración subjetiva de que ONEMIX utiliza materia mueble de FIQUI consistente en materia prima, sacos, bobinas, etc., si bien en fecha 22.5.2015 - posterior a la fecha de 6.5.2015 en la que el informe de detective vió entrar a dos extrabajadores de FIQUI que ahora son trabajadores de ONEMIX en el local de FIQUI de la calle Terrassa llevando en la mano bolsas de plástico (uno de ellos) - existe acta notarial que acredita que existe almacenado material de embalaje, lo que impide considerar e inferir que ONEMIX estuviera empleando material mueble de FIQUI pues de ser así ya no habría material alguno depositado en esa nave, habiendo sido utilizado por ONEMIX desde que se constituyó casi dos años antes. Ninguna prueba existe de la transmisión de elementos materiales por parte de la empresa FIQUI S.A. a ONEMIX TRADE S.L. y si bien es cierto que existen elementos extraños, como el hecho de que dos extrabajadores de FIQUI que ahora son de ONEMIX hubieran entrado en la nave de ONEMIX, ese simple dato no determina sin más que podamos considerar que existe sucesión de empresa, cuando no existe transmisión de elementos materiales.

Tampoco podemos entender que exista transmisión de elementos personales, pues ello debe producirse en términos cuantitativos, lo que no acontece en el caso de autos por cuanto de 6 trabajadores que tenía la empresa FIQUI sólo 2 han pasado a desempeñar servicios para la empresa ONEMIX TRADE S.L., que además tiene contratados otros dos trabajadores que no habían trabajado para FIQUI, por lo que tampoco se da el segundo de los elementos necesarios para considerar que estamos ante un caso de transmisión de empresa.

La mera existencia de un proveedor común (1 año más tarde), o de no haber acreditado la existencia de fondo de comercio, no pueden contrarrestar la carencia de dos de los elementos necesarios para que opere la existencia de sucesión de empresa, lo que impide ampliar la ejecución de los actores contra la empresa ONEMIX TRADE S.L. debiendo estimar el recurso interpuesto para dejar sin efecto la resolución impugnada y declarar no ajustado a derecho la solicitud de ampliación de la ejecución interesada por los actores ejecutantes.

La recurrente pretende revisión del fundamento jurídico segundo punto E, lo que debe ser desestimado pues pretende introducir conceptos que predeterminan el fallo de la sentencia, si bien sí procede estimar su recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el letrado de ONEMIX TRADE S.L. contra el auto de 21 de octubre de 2015, confirmatorio del de fecha 19 de junio de 2015, debemos dejar sin efecto la resolución impugnada y declarar no ajustado a derecho la solicitud de ampliación de la ejecución interesada por los actores ejecutantes.

Dese al depósito y consignaciones económicas el curso legal.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiriera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis



dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), cuenta N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.