



Roj: **STSJ AND 9339/2019 - ECLI:ES:TSJAND:2019:9339**

Id Cendoj: **41091340012019102299**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **24/10/2019**

Nº de Recurso: **1544/2018**

Nº de Resolución: **2563/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN PEREZ SIBON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO Nº 1544/18 - L SENTENCIA Nº 2563/19

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

Recurso nº 1544/2018 - L

Ilmo. Sr.:

D. Luis Lozano Moreno

Ilmas. Sras.:

D^a. María del Carmen Pérez Sibón, ponente

D^a. Aurora Barrero Rodríguez

En Sevilla, a veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 2563/2019

En el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de Grupo Hostelero Aragón Serván S.L.U., contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Cádiz, Autos nº 89/15; ha sido Ponente la Il^{ta}. Sra. D^a. María del Carmen Pérez Sibón, Magistrada.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: En fecha 20-4-2015 fue dictada sentencia por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cádiz por la que se declaraba el despido improcedente de la trabajadora actora y se condenaba a la empresa Panadería y Pastelería Santa Ana S.L. a las consecuencias del mismo.

SEGUNDO: Iniciada la ejecución de dicha resolución a instancias del Fondo de Garantía Salarial, en fecha 3-11-2017 fue dictado auto por el que se ampliaba la ejecución frente a Grupo Hostelero Aragón Serván S.L.U.

TERCERO: Recurrída la anterior resolución en reposición por la indicada mercantil, por auto de 11-1-2018 fue desestimado el recurso, interponiéndose frente al mismo recurso de suplicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO: Por la ejecutada Grupo Hostelero Aragón Serván S.L.U. se interpone recurso de suplicación frente al auto del juzgado de fecha 3-11-2017 que amplió frente a ella la ejecución de la sentencia que condenó por despido improcedente a la mercantil Panadería y Pastelería Santa Ana S.L.

El recurso se articula en diez motivos, de los que siete son de revisión fáctica y tres de censura jurídica.

SEGUNDO: El primero de los motivos formulados con amparo procesal en el párrafo b) del Art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social propone la inclusión de un hecho probado nuevo para su incorporación al razonamiento jurídico segundo del auto impugnado, en el que se indique que " *El juicio de despido que dio origen a estas actuaciones se produjo el día 20-4-2015, siendo la empresa demandada Panadería y Pastelería Santa Ana S.L.*

La mercantil La Dulce Santa S.L. se constituyó en fecha 2-1-2015".

Hacemos la precisión de que aun cuando por la estructura del auto impugnado, en la que se han incluido únicamente antecedentes de hecho, se solicita por la recurrente la incorporación a los razonamientos jurídicos de los hechos probados que se pretenden adicionar, ello no obstante, deben entenderse como hechos de naturaleza fáctica por tanto, donde quiera que se inserten.

Se funda para ello en la sentencia del juzgado de la que trae causa la presente ejecución y que declaró la improcedencia del despido de la actora (en relación con el primer párrafo de la revisión) y en el Acta de liquidación de la Inspección de Trabajo (en relación con el segundo).

Consta en el Antecedente segundo de la sentencia citada la fecha del juicio, que fue la misma que la de la sentencia, esto es, 20-4-2015.

En cuanto a la constitución de la mercantil *La Dulce Santa S.L.* consta en el Acta de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo, concretamente en la página de la misma enumerada por el juzgado como 328, la fecha de 2-1-2015 como aquella en que se constituye dicha sociedad, causando alta en la Seguridad Social el 12-1-2015.

En cualquier caso, y para una mejor comprensión e interpretación de todos los hechos, se dará el Acta de la Inspección de Trabajo enteramente por reproducida.

TERCERO: El segundo motivo de revisión fáctica interesa la incorporación al razonamiento jurídico segundo del auto, del siguiente texto: " *Grupo Hostelero Aragón Serván S.L.U. se constituyó el día 1-4-2015 iniciando su actividad el 6-4-2015, fecha en la que igualmente tramitó el alta en sus obligaciones fiscales y respecto a la Seguridad Social*".

Obra en autos a los folios 269 y siguientes, escritura pública de constitución de *Grupo Hostelero Aragón Serván S.L.U.* con un único socio, Teodulfo , con 3.000 € de capital social. Sin embargo, no inició su actividad el 6-4-2015, ya que dicha fecha es la de notificación de inscripción de la referida escritura de constitución en el Registro mercantil (folio 282 vuelto), el 8-4-2018 se firma un contrato de arrendamiento de local de negocios por esta mercantil representada por su único socio, Teodulfo , con sus dos primos y las esposas de éstos en su propio nombre (folio 307). Coordinando estos hechos con el acta de la Inspección de Trabajo, se constata y así se hará constar, para no incluir adiciones parciales o sesgadas y que resultan de toda relevancia para valorar posteriormente los hechos, que Teodulfo ejercía como encargado y responsable de la empresa Panadería y Pastelería Santa Ana S.L. posteriormente denominada La Dulce Santa S.L. y que en la primera citada estuvo en alta desde el 1-1-2001, pasando posteriormente a La Dulce Santa Ana S.L., siendo dada de baja en ésta el 12-4-2015, con alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos el 1-4-2015.

Consta así mismo en el acta de la Inspección de Trabajo que la fecha en la que Grupo Hostelero Aragón Serván S.L.U. fue dada de alta en la Seguridad Social fue el 20-4-2015.

De todo lo indicado, no puede por tanto admitirse que el inicio de actividad de la mercantil Grupo Hostelero Aragón Serván S.L.U. fuera el 6-4-2015, por cuanto que ninguno de los documentos invocados por la recurrente así lo acredita, más bien al contrario. Al consistir los mismos en una escritura de constitución e inscripción en el Registro Mercantil y de un formulario elaborado por la propia recurrente para el Centro de Información y Red de Creación de Empresas, en el que consta lo declarado por la empresa, es claro que la recurrente debió aportar el documento concreto que respaldara tales declaraciones documentadas por ella para poder otorgarles un mínimo de fehcencia.

CUARTO: La tercera revisión fáctica propuesta solicita la incorporación al Razonamiento Jurídico segundo, del siguiente texto: " *Panadería y Pastelería Santa Ana S.L. desarrollaba su actividad empresarial mediante catorce centros de trabajo o unidades productivas autónomas agrupadas en tres actividades, cada una de ellas con códigos de cotización distintos respecto a sus trabajadores y con domicilios distintos*".



Se funda para ello en la respuesta de la Agencia Tributaria a la solicitud del juzgado de datos sobre el patrimonio de la demandada, Panadería y Pastelería Santa Ana S.L. y están referidos al ejercicio 2014, constando catorce centros, de los que uno figura con actividad económica de "Industria de pan y bollería" -Epígrafe 419.1-, nueve como "Com. Men. pan, pasteles, confitería, lácteos -Epígrafe 644.1-" uno como "Despachos pan, pan especial, y bollería" -Epígrafe 644.2-, uno como "Com. Men. ptos, pastelería, bollería" -Epígrafe 644.3-, "Com. Men. ptos, alimentos y bebidas" -Epígrafe 647.1-, y uno como "Otros cafés y bares" -Epígrafe 673.2-.

Se admite la revisión fáctica pero excluyendo todo comentario de valoración del documento examinado, incluyendo únicamente los centros, su denominación, su domiciliación, y sus códigos, no tratándose como indica el recurrente de códigos de cuenta de cotización, sino de epígrafes del Impuesto de Actividades económicas reflejados en una certificación expedida por la Agencia Tributaria (no por la Tesorería General de la Seguridad Social).

QUINTO: En cuarto lugar se ha solicitado la inclusión en el razonamiento jurídico segundo del auto, de los distintas fechas de alta en la Seguridad Social de cada una de las tres empresas (Panadería y Pastelería Santa Ana S.L., La Dulce Santa Ana S.L., Grupo Hostelero Aragón Serván S.L.U. y JOSÉ MANUEL MACÍAS MACÍAS), con los códigos de cuenta de cotización asignados a cada uno de ellos con la actividad que se declara y su domicilio.

Se invoca en apoyo de la revisión el acta de la Inspección de Trabajo, la cual ya hemos dado por reproducida, por lo que nos remitimos a la misma.

SEXTO: Como quinta revisión de hechos se pide que se incorpore un texto en el que se refleje cómo y en qué concretas empresas y actividades se ha producido la sucesión de las tres empresas, lo que sin duda son conjeturas y valoraciones jurídicas que no pueden admitirse como hecho acreditado de ninguna forma. Se ha citado por el recurrente en apoyo de la revisión el acta de la Inspección de Trabajo, la cual ya hemos dado por reproducida y de la que se extraerán las consecuencias y valoraciones oportunas al examinar los motivos de censura jurídica del recurso.

SÉPTIMO: El sexto motivo de revisión fáctica propone la incorporación al razonamiento jurídico segundo de los trabajadores que han pasado de La dulce Santa Ana S.L. a Grupo Hostelero Aragón Serván S.L.U., y ello con invocación de los folios 330 y 331 que forman parte del Acta de Liquidación de la Inspección de Trabajo.

Tales conclusiones no pueden extraerse en modo alguno de tales folios, dado que se hace omisión al resto del contenido del Acta, al reflejarse en ella con exhaustividad el trasvase de trabajadores entre las sociedades, la simultánea prestación de servicios para ellas de la mayoría de los mismos, y la constitución de La dulce Santa Ana S.L. asumiendo el trasvase casi inmediato de los trabajadores de la mercantil Panadería y Pastelería Santa Ana S.L. No es posible por tanto concluir con la separación que Grupo Hostelero Aragón Serván S.L.U. pretende evidenciar de la primera de las empresas Panadería y Pastelería Santa Ana S.L., de la que la siguiente La dulce Santa Ana S.L. trasvasa a sus productores, como igualmente lo hace a Grupo Hostelero Aragón Serván S.L.U.

Solo hablamos de trasvases e indiferenciación a la vista de los datos que se reflejan en el Acta de la Inspección de Trabajo, pero no de sucesión de empresas, al tratarse ésta de una expresión o concepto jurídico, valorativo y por tanto predeterminante.

Se desestima el motivo. En cualquier caso, se ha dado por reproducida el Acta de la Inspección de Trabajo en su integridad.

OCTAVO: El último motivo de los dedicados a la revisión fáctica propone la adición así mismo al razonamiento jurídico segundo de un texto en el que conste que la ejecutante prestó sus servicios para Panadería y Pastelería Santa Ana S.L. desde el 11-10-2013 en el centro de trabajo de venta de pan y pastelería de la Calle Callejón nuevo s/n, por lo que no formaba parte de los trabajadores adscritos a la fábrica de pan de la calle Torcuato Cayón, ni a la cafetería de la Avenida Reyes Católicos, que fueron transmitidos a La Dulce Santa Ana S.L. y a Grupo Hostelero Aragón Serván S.L.

Se hará constar en el relato fáctico únicamente que el certificado de vida laboral de la actora refleja los periodos en alta de la misma para Panadería y Pastelería Santa Ana S.L., obviándose las restantes consideraciones y conclusiones de la ejecutada, y sin especificación de donde realmente trabajó la demandante, sino únicamente que es lo que refleja el indicado documento.

NOVENO: Finalizada la revisión del relato fáctico procede conocer de los motivos de censura jurídica, el primero de los cuales denuncia la infracción de los Arts. 240.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, precepto que así mismo se denuncia en el motivo segundo, y que por su íntima conexión deberán ser examinados conjuntamente.



El Art. 240.2 dispone: " *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*".

Aduce la ejecutada que la sucesión y la llamada de la recurrente a la Ejecución, no podría producirse en todo caso por cuanto que la empresa que primero sucedió a Panadería y Pastelería Santa Ana S.L. fue La Dulce Santa Ana S.L., y de ésta se segregó Grupo Hostelero Aragón Serván S.L. Por ello si no se demandó en el procedimiento principal a la primera subrogada (La Dulce Santa Ana S.L.) cuya sucesión fue anterior al despido, falta un eslabón que impide la ejecución de la última de las empresas (Grupo Hostelero Aragón Serván S.L.).

Tal argumento no puede ser compartido por la Sala, toda vez que resulta razonable que la trabajadora no pudiera conocer la compleja maquinaria de cesiones y subrogaciones efectuadas hasta que no tuvo conocimiento del Acta de la Inspección de Trabajo, -con posterioridad a su despido y al juicio- máxime cuando nos hallamos ante un entramado de empresas con accionariado familiar, donde además, Teodulfo ejercía como encargado y responsable de la empresa Panadería y Pastelería Santa Ana S.L. posteriormente en La Dulce Santa S.L., titular al 100% de ésta, y constituyendo Grupo Hostelero Aragón Serván S.L. utilizando locales y materiales de trabajo de Panadería y Pastelería Santa Ana S.L. (Acta Inspección de Trabajo que se dio por reproducida, folio 362 vuelto), debiendo ser así mismo tenido en cuenta que la mayoría de los trabajadores eran trasvasados de una empresa a otra.

Sentado lo anterior, el hecho de que no fuera llamada a juicio La Dulce Santa Ana S.L., no puede suponer un obstáculo que impida el examen a los efectos aquí debatidos de la siguiente empresa (Grupo Hostelero Aragón Serván S.L.) escindida de las dos ya constituidas (Panadería y Pastelería Santa Ana S.L. y La Dulce Santa S.L.), máxime cuando aquélla inicia su actividad el mismo día en que se dicta la sentencia de instancia, por lo que resulta contrario a toda interpretación lógica entender que no se produce con posterioridad al título ejecutivo, como exige el Art. 240.2 LRJS.

Los dos motivos, en consecuencia, se desestiman.

DÉCIMO: El tercero y último de los motivos dedicados al examen del derecho, denuncia la infracción del Art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, oponiéndose la ejecutada a la existencia de sucesión de las empresas anteriores en su totalidad, alegando producida la transmisión de una unidad productiva autónoma de la misma, y de ser así, solo respecto de los trabajadores transmitidos.

Como declaramos en nuestra sentencia dictada en el recurso 3854/2017, " *El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que regula en nuestro Derecho la sucesión de empresas establece que "El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente", esta norma de larga tradición en nuestro ordenamiento laboral y cuya última redacción procede de la ley 12/2.001, de 9 de julio (RCL 2010, 1674), que incorporó al Derecho nacional las disposiciones de la Directiva 77/87/CEE de 14 de febrero, modificada por la Directiva 98/50/CE (LCEur 1998, 2285), establece una garantía de conservación de los derechos de los trabajadores en los casos de transmisiones totales o parciales de empresas.*

La sucesión de empresas en nuestro ordenamiento puede revestir una triple modalidad: a) la legal, que regula el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) ; b) la convencional, que se establece en un convenio colectivo; y c) la contractual que impone el pliego de condiciones de una contrata administrativa.

(...)

Tampoco podemos estimar que nos encontremos ante un supuesto del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo apartado 2º exige que para que se produzca una sucesión de empresas la transmisión de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la actividad productiva, es decir, la transmisión de "una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria."

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2.009 (RJ 2009, 2997), resumiendo la doctrina comunitaria en la materia define la "entidad económica" como "un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio", concepto que supera y engloba a los conceptos de "empresa", "centro de actividad" y "parte de centro de actividad", requiriendo exclusivamente que exista un vínculo entre la "entidad económica" y el "mantenimiento de la actividad" para saber si nos encontramos ante una unidad productiva que permita la continuidad de la actividad empresarial".



En el presente caso, la prueba practicada ha demostrado que las relaciones societarias de todas las empresas se basaban en vínculos familiares cercanos, los trabajadores en su mayoría se pasaban de una empresa a otra, los materiales y utensilios utilizados eran los mismos, los socios estaban en su mayor parte presentes en todas las empresas, y la última de las creadas, iniciando su actividad el mismo día en que se dicta la sentencia de instancia (se constituyó muy poco antes) no viene sino a demostrar la obra de ingeniería jurídica llevada a cabo para eludir la responsabilidad por los despidos, razonamientos que no pueden llevar a estimar el recurso de Grupo Hostelero Aragón Serván S.L. frente al auto de ejecución.

DÉCIMO-PRIMERO: De conformidad con lo dispuesto en el Art. 233.1 en relación con el 269.3 LRJS procede la condena en costas de la recurrente fijando los honorarios del letrado impugnante en 1.000 €

DÉCIMO-SEGUNDO: De conformidad con lo dispuesto en el Art. 204.1 y 4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, procede decretar la pérdida por la recurrente de los depósitos efectuados para recurrir, ordenándose dar a las consignaciones el destino legal.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR** y **DESESTIMAMOS** el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de Grupo Hostelero Aragón Serván S.L.U. contra el auto de fecha 11/1/18, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cádiz, en autos 89/2015, en ejecución de la sentencia de 20-4-2015 seguidos a instancia de D^a Rosana contra Panadería y Pastelería Santa Ana S.L., y Grupo Hostelero Aragón Serván S.L.U., con intervención del Fondo de Garantía Salarial, y en consecuencia, **CONFIRMAMOS** la Resolución impugnada.

Se decreta la condena en costas de la recurrente, fijándose los honorarios del letrado impugnante en 1.000 euros.

Se impone la pérdida de los depósitos efectuados para recurrir y se ordena dar a las consignaciones el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

- a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".
- b) referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".
- c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Asimismo se advierte al recurrente no exento, que deberá acreditar ante esta Sala, haber efectuado el depósito de 600€, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta en la Banco Santander, en la Cuenta-Expediente nº 4052- 0000-35-"ROLLO", especificando en el campo concepto, del documento resguardo de ingreso, que se trata de un "Recurso".

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.



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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ