



Roj: **STSJ GAL 7403/2019 - ECLI:ES:TSJGAL:2019:7403**

Id Cendoj: **15030340012019105109**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2019**

Nº de Recurso: **4806/2019**

Nº de Resolución: **5099/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ISABEL OLMOS PARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## TRIBUNAL SUPERIOR JUSTICIA DE GALICIA

-

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

**Tfno:** 981-184 845/959/939

**Fax:** 881-881133/981184853

**NIG:** 15078 44 4 2015 0002679

Equipo/usuario: MR

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0004806 /2019 CRS**

Procedimiento origen: EJECUCION DE TITULOS JUDICIALES 0000183 /2017

RECURRENTE/S D/ña MI FRUTERIA SLU

ABOGADO/A: MARIA ELENA TEIXEIRA BARCALA

PROCURADOR:

RECURRIDO/S D/ña: FOGASA, Marcelina , TOMATE MAS FRUTA SL

ABOGADO/A: LETRADO DE FOGASA, MANUEL LOPEZ NUÑEZ ,

PROCURADOR:

**ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS**

D. MANUEL DOMÍNGUEZ LÓPEZ

PRESIDENTE

D<sup>a</sup>. MARÍA ANTONIA REY EIBE

D<sup>a</sup>. ISABEL OLMOS PARÉS.

A CORUÑA, a diecinueve de diciembre de dos mil diecinueve.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**



## EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0004806 /2019, formalizado por la letrada Elena Teixeira Barcala, en nombre y representación de MI FRUTERIA SLU, contra el auto dictado por XDO. DO SOCIAL N. 2 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento EJECUCION DE TITULOS JUDICIALES 0000183 /2017, seguidos a instancia de Marcelina , frente a TOMATE MAS FRUTA SL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª ISABEL OLMOS PARES.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En autos de ejecución del juzgado de lo social nº 2 de Santiago contra la empresa TOMATE MÁS FUTA SL se dictó auto de fecha 4 de febrero de 2019 acordando la ampliación de la ejecución frente a la entidad MI FRUTERIA SL en calidad de ejecutada.

**SEGUNDO.-** Por parte de la entidad MI FRUTERIA SL se interpuso recurso de reposición contra el anterior auto que fue desestimada por auto de 25 de marzo de 2019. Contra este auto se ha interpuesto el presente recurso de suplicación.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente al Auto del juzgado de instancia de fecha 4 de febrero de 2019 y posterior de 25 de marzo de 2019 que desestima el recurso de reposición interpuesto por la representación letrada de la parte ejecutada MI FRUTERIA SL, recurre en suplicación la misma en base a dos motivos de suplicación, amparados en el art. 193 b) y c) de la LRJS.

**SEGUNDO.-** En su primer motivo del recurso, con amparo en el art. 193 b) de la LRJS, se pretende la revisión del ordinal primero del auto recurrido para que se añada literalmente tras lo que consta de que: "Dª Marcelina , presentó demanda en fecha 12/11/2015 que por turno de reparto correspondió a este juzgado sobre despido frente a doña Raquel , la entidad MAS TOMATE MÁS FRUTA SL y la entidad FRUTAS RIAS BAIZAS SL (...) en fecha 26 de mayo de 2016 doña Marcelina presentó demanda de resolución de contrato frente a doña Raquel , la entidad MAS TOMATE MÁS FRUTA SL y la entidad FRUTAS RIAS BAIZAS SL. Ambos procedimientos fueron acumulados y resueltos en la sentencia nº 328/2016 de 26 de septiembre de 2016 que desestimaba ambas peticiones formuladas por la trabajadora", y ello con base al documento nº 1.6 que es la sentencia nº 328/2016. Se acepta a la vista del documento.

**TERCERO.-** En el segundo motivo de su recurso, con amparo en el art. 193 c) de la LRJA se alega la violación del art. 240 de la LRJS y Jurisprudencia que la desarrolla, manifestando que la entidad demandada contra la cual se amplió la ejecución ya estaba constituida antes de que la actora presentase la demanda de resolución de contrato, pues la entidad Mi frutería SL se constituye en enero de 2016.

La LRJS regula un concepto amplio de tercero bajo la expresión "modificación o cambio de partes" que se contiene en el art. 240 2º de la misma, lo que va a permitir que la ejecución se vea ampliada frente a quién no consta como tal en el título ejecutivo, pues conforme al mismo: "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".

La STS, de 20 de julio de 2016 (Recurso: 2432/2014), señala 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".



En la misma sentencia, sin embargo, se aborda un caso en el que se invocaba por los trabajadores recurrentes en casación unificadora como sentencia de contraste la de STSJ/Galicia 13-octubre-2006 -rollo 4174/2006, en un caso en que se instaba también la ampliación de la ejecución por posible existencia de un grupo de empresas contra una sociedad que estaba constituida con anterioridad (abril 1999) a que se creara el título ejecutivo (15-07-2004) y resultaba que las actuaciones que dieron lugar a la existencia de grupo empresarial se realizaron después de la constitución de dicho título, y se da una respuesta positiva a la posibilidad de ampliar la referida ejecución, argumentando, -- tras citar, entre otras, nuestra SSTS/IV 10-diciembre-1997 (rcud 1182/1997 ) --, en esencia, que: " *A la vista de esta doctrina jurisprudencial, se hace preciso determinar si en el presente caso, se han producido con posterioridad a la formación del título ejecutivo, hechos de especial trascendencia jurídica, que hagan posible una justificación de la ampliación de la ejecución a la empresa recurrente. Es cierto que la constitución de la empresa recurrente "Impremobapo", se produjo en abril de 1.999, y que esta circunstancia era conocida por los actores, por lo tanto pudieran haberla llamada a juicio, no obstante, en el caso enjuiciado se dan una serie de maniobras entre las dos empresas, posteriores a la constitución del título ejecutivo, con el fin evidente de perjudicar y defraudar el derecho de los trabajadores, maniobras claramente tendentes a dar credibilidad a una situación distinta de la real, como es el hecho de descapitalizar completamente a la empresa condenada en la sentencia, siendo la recurrente ("Impremobapo"), la que factura los trabajos realizados por la primera (Galivision), además de darse otras circunstancias que claramente hacen que ambas empresas pertenezcan a un mismo grupo empresarial " y que " En definitiva, la Sala comparte en todos sus términos lo declarado por la resolución impugnada. Otra interpretación distinta, llevaría a que prosperaran las maniobras fraudulentas elusivas, así como a dejar sin contenido efectivo la responsabilidad fijada judicialmente, derivada de los incumplimientos legales, lo que implicaría que prosperase una actuación realizada con ánimo defraudatorio para los intereses de los trabajadores reconocidos por sentencia judicial firme, situación que iría en contra del artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , así como de los artículos 24.1 y 117.2 del texto constitucional "*.

Así pues, concluye el TS en la sentencia de 20 de julio de 2016 (Recurso: 2432/2014: " 2.- *Lo decisivo para determinar si cabe declarar la existencia de una ampliación de partes o una sucesión en la posición de ejecutante o ejecutado no puede ser, como regla, y como se efectúa en la sentencia recurrida, el momento en que nace la persona física o en el que se constituye la persona jurídica, siendo cuando una u otra, aunque hayan nacido o constituido con anterioridad a la constitución del concreto título ejecutivo, sucedan a la inicialmente ejecutada o pasen a formar con ella una unidad que la configure como nuevo empresario o grupo de empresas con efectos laborales. Es decir, como destacaba nuestra citada SSTS/IV 10-diciembre-1997 (rcud 1182/1997 )", 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 ", o sea que, como luego se refleja en el citado art. 240.2 LRJS , lo importante es la fecha en que se produce el cambio sustantivo (p.ej., fallecimiento en caso de sucesión de personas físicas; novación o cesión de créditos en todo o en parte; trasmisión titularidad, absorción o agrupación, fusión o escisión de personas jurídicas- art. 44.8 ET ; subrogación del FOGASA - art. 33.4 ET ; ventas judiciales de bienes embargados; entre otros) y que dicho cambio, "basado en hechos o circunstancias jurídicas sobrevenidos, se hubiere producido con posterioridad a la constitución del título objeto de ejecución".*

En el presente caso, como se deduce claramente de los autos dictados en instancia por el Juzgado executor y no se cuestiona en la sentencia ahora impugnada, aunque ciertamente la entidad frente a la que se amplía la ejecución por el juzgado executor se constituyó como persona jurídica con anterioridad a la creación del título objeto de la ejecución dirigida inicialmente contra una sola sociedad, los hechos que cabe configurar como constitutivos del "cambio sustantivo" se basan en hechos sobrevenidos, esto es, producidos con posterioridad a la constitución del mismo.

En el caso concreto, la demanda de despido de D<sup>a</sup> Marcelina , fue presentada en fecha 12 de noviembre de 2015 y la posterior de resolución de contrato en fecha 26 de mayo de 2016; demandas ambas que fueron acumuladas por auto de 14 de junio de 2016. La sentencia se dicta el 16 de septiembre de 2016.

Fue precisamente a raíz de esa demanda de despido de noviembre de 2015, que la ejecutada, doña Raquel , inicia el 5 de enero (un mes y medio después), actuaciones tendentes a crear otra empresa, con el mismo objeto, y deshacerse de la que hasta la fecha era la única socia.

El hecho de que la trabajadora, después, presentara demanda de resolución en mayo de 2016 no impide, por un lado, que la fecha que deba ser tenida en cuenta a estos efectos sea la de despido, pues la acción de resolución, por obligación legal, debe ser acumulada a la misma y resuelta al mismo tiempo y en la misma sentencia, de modo que esta suerte de acumulación *ex lege*, implica que el trámite de ambas pretensiones se rige por el



sistema propio del régimen del proceso por despido, esto es, el procedimiento primeramente iniciado. Así, la demanda de despido no solo no pudo prever las actuaciones que posteriormente realizaría doña Raquel, sino que las mismas se realizaron con cierta confusión en perjuicio de la trabajadora, al utilizar la apariencia externa de que se trataban de la misma empresa. La posibilidad de ampliar la demanda contra la nueva empresa MI FRUTERÍA SL no se pudo producir después de la citada acumulación de demandas producida en junio de 2016, pues si bien en esa fecha ya estaba constituida y tenía abierto al público un establecimiento la nueva empresa, la misma funcionaba con apariencia de ser la misma que la primera, TOMATE MÁS FRUTA SL. En efecto, el establecimiento de Boiro estaba con el mismo nombre comercial que el de la empresa demandada, esto es, TOMATE MÁS FRUTA SL, lo que creó la apariencia de que era la misma empresa la que explotaba dicho establecimiento, y solo es a raíz de personarse la comisión judicial para realizar el embargo que pudo constatar de que se trataba de empresas diferentes, lo que se produce con posterioridad al título ejecutivo.

A mayor abundamiento, la única socia de la condenada ejecutada desaparece de dicha sociedad para constituir esa otra, en principio con apariencia de ser la misma, y es solo después de la constitución del título ejecutivo que se desvincula de la misma, pues aun cuando la nueva sociedad se constituye en enero de 2016, es con posterioridad a esa fecha cuando se producen otros hechos relevantes a los efectos que nos ocupan. Estos hechos relevantes son los que se han declarado probado y que nos relatan cómo en ese momento, en fecha 25 de octubre de 2017, doña Raquel amplía el capital de la ejecutada TOMATE MÁS FRUTA SL (ubicada en Bertamiráns, Ames), ya firme el título ejecutivo, al tiempo que vende a su ex cónyuge y apoderado de la misma, parte de las participaciones, en concreto las numeradas desde el 1 al 3020, renunciando al cargo de administradora, de modo que a partir de ese momento la empresa pasa a ser de titularidad de don Romulo, quedando ella desvinculada de la misma en esa fecha, pero a partir de ese momento, sigue como administradora de la nueva empresa MI FRUTERÍA SL, si bien utiliza el mismo nombre comercial, TOMATE MÁS FRUTA, en el exterior del local arrendado a tal efecto en la localidad de Boiro.

Los hechos de octubre de 2017 son posteriores a la sentencia de esta Sala de 16 de marzo de 2017, que revoca la de instancia y declara el despido de mayo de 15 de mayo de 2016 improcedente; son también posteriores al momento del juicio, fecha que no consta, pero que tuvo lugar antes de la sentencia de instancia de septiembre de 2016.

La posibilidad de ampliar la demanda contra la nueva empresa MI FRUTERÍA SL solo se podía haber producido después de la infructuosa diligencia de embargo en la tienda de Boiro, pues aunque desde enero de 2016 la empresa ya estaba constituida y tenía abierto al público un establecimiento, lo era bajo apariencia de ser la misma.

Lo dicho permite la posibilidad de que la ejecución se extienda a un tercero que no fue parte en el pleito. En ese sentido, la demanda de despido no pudo prever las actuaciones que posteriormente realizó doña Raquel, las que además lo fueron con cierta confusión en perjuicio de la trabajadora, al utilizar la apariencia externa de que se tratan de la misma empresa, de modo que debe concluirse que estamos ante hechos sobrevenidos a la constitución del título.

### fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa MI FRUTERIA SL contra el auto de 25 de marzo de 2019 debemos confirmar y confirmamos el auto recurrido dictado por el juzgado de lo social nº 2 de Santiago en procedimiento de ejecución.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 35 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 \*\*\*\* ++**).



Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ