



Roj: **STSJ M 10872/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:10872**

Id Cendoj: **28079340012015100740**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/09/2015**

Nº de Recurso: **470/2015**

Nº de Resolución: **702/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG : 28.079.00.4-2014/0022183

Procedimiento Recurso de Suplicación 470/2015

ORIGEN: juzgado de lo Social nº 37 de Madrid Despidos / Ceses en general 581/2014

Materia : Despido

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 470/15

Sentencia número:702/15

G.

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

Ilma. Sra. D^a. MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de septiembre de dos mil quince, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 470/15 formalizado por el Sr. Letrado D. FRANCISCO VILLA VEGA en nombre y representación de D^a. María Rosa contra la sentencia de fecha 23 de febrero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social número 37 de MADRID , en sus autos número 581/14, seguidos a instancia



de la recurrente frente a PULMANTUR CRUISES S.L, ROYAL CARIBBEAN HOLDINGS, PULLMANTUR S.A y TERRANOVA DIRECTORSHIP, en reclamación por despido, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- La demandante, Dña. María Rosa , suscribió contrato de trabajo con PULLMANTUR S.A con fecha 1-10-1978 , siendo su salario mensual de 3.416,70 euros, con prorrata de pagas extraordinarias y con la categoría de Jefe de contratación(no controvertido).

SEGUNDO.- Las Sociedades PULMANTUR CRUISES S.L, ROYAL CARIBBEAN HOLDINGS, PULLMANTUR S.A que forman un Grupo de empresas a efectos laborales (GRUPO ROYAL CARIBBEAN), iniciaron con fecha 30-10-2013 un procedimiento de despido colectivo que finalizó con acuerdo con los trabajadores . No estando la actora entre los afectados por el ERE. (no controvertido).

TERCERO.- Hasta el 31 de marzo de 2014 el grupo de empresas ROYAL CARIBBEAN, tenían las siguientes áreas de negocio en España:

-Actividades de cruceros, los circuitos terrestres y city tours (denominada " land tours") y la tour operación.

-Actividad de transporte aéreo de Pasajeros desarrollada por Pullmantur Air.

-La actividad de Agencia de Viajes desarrollada por Nautalia Viajes S.L. . (no controvertido).

CUARTO.- Con fecha 31 de marzo de 2014 el Grupo procede a la venta de las acciones de Pullmantur Air, las participaciones de Nautalia, los negocios de circuitos terrestres (" land tours" y " city tours") y de tour operaciones.

QUINTO.- La mercantil TERRANOVA DIRECTORSHIP adquirió los negocios de circuitos terrestres (" land tours" y " city tours") a Pullmantur S.A, elevando la compraventa a documento público con fecha 31-03-2014, conteniéndose en las cláusulas terceras y cuarta del contrato de compraventa los activos y contratos transferidos, que se relacionan en los Anexos del Contrato constando:

En el Anexo I, los bienes intangibles transmitidos, e incluye, entre otros el mobiliario de Barcelona, el inmueble de Madrid y el Sistema Global de Tesorería.

En el Anexo II; contiene una lista de los contratos transmitidos a Terranova, incluyendo contratos a proveedores, contratos a clientes de city tours y contratos con clientes de circuitos (Corte Inglés; Megatravel , etc.)

En el Anexo III , contiene una relación de todos los trabajadores adscritos al negocio (49) entre los que se encuentra la demandante. (Documento nº 3 del ramo de prueba de la demandada)

SEXTO.- Con fecha 24-03-2014 Pullmantur entrego a la actora comunicación de subrogación, haciendo constar la fecha en que la transmisión era efectiva (31-03- 2014), los motivos (compraventa del negocio de circuitos a la que estaba adscrita) y las consecuencia de la transmisión(folio 362 de autos).

SEPTIMO.- La actora desarrollaba su trabajo en el departamento de Internacional en el área de Land Tours, gestionando todos los servicios necesarios relacionados con el folleto del circuito.(testifical Sra. Elisabeth).

OCTAVO.- La mercantil TERRANOVA DIRECTORSHIP está al corriente de sus obligaciones tributarias , habiendo obtenido ingresos por volumen de operaciones en el 2014 de 3.546.987,88 euros.

NOVENO.- El actor presentó papeleta de conciliación al SMAC el 11-4-2014, con el resultado de SIN AVENENCIA.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que, desestimando la demanda promovida Dña. María Rosa frente a PULMANTUR CRUISES S.L, ROYAL CARIBBEAN HOLDINGS, PULLMANTUR S.A y TERRANOVA DIRECTORSHIP absuelvo a los demandados de sus pretensiones."



CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 16 de junio de 2015, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 2 de septiembre de 2015 señalándose el día 16 de septiembre de 2015 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone recurso de suplicación la trabajadora contra sentencia que desestimó la demanda rectora de autos, tendente a la declaración de despido improcedente, destinando el motivo inicial a la revisión del relato fáctico, adicionando un nuevo hecho probado del siguiente tenor literal:

(Sic) " *Del folleto de venta de circuitos de pullmantur vigente para el año 2015, se desprende que Pullmantur sigue comercializando el negocio de circuitos terrestres en el periodo comprendido entre abril del año 2014 y marzo de 2015* ".

Soporta la revisión en un " *informe de auditoría* " y en el folleto de venta aportado a su ramo de prueba, aunque no cita su número de folio, del que colige la mercantil Pullmantur ha seguido comercializando circuitos terrestres por España y Europa en el periodo referido, lo que, en su opinión, es una prueba palmaria de que no se ha vendido un negocio de circuitos terrestres con sustantividad propia dentro del grupo de empresas, por lo que, en ningún caso, el negocio de Land Tour y City Tour puede constituir una unidad productiva autónoma, careciendo de entidad y de medios organizativos que puedan comercializar esa actividad económica, concluyendo estamos ante un error con trascendencia para variar el fallo.

SEGUNDO.- El carácter extraordinario que siempre tuvo la suplicación en el orden laboral propició la necesidad de que el Tribunal Central de Trabajo examinara con detenimiento la concurrencia o no de motivo hábil para su interposición. Similar tarea asumieron los Tribunales Superiores de Justicia, toda vez que la LBPL señaló como posibles fundamentos del recurso (Base 33.ª 2) prácticamente los mismos que ya se venían recogiendo en el artículo 152 de la LPL -1.980. La tasación de tales motivos comporta, necesariamente, la imposibilidad de que el Tribunal ad quem conozca de los recursos que puedan formularse en otro supuesto. Igualmente, es imposible valorar ex novo la prueba practicada o revisar el Derecho aplicable, sin alegación de parte, salvo que se trate de cuestiones que afecten al orden público procesal.

El recurso de suplicación, como segundo motivo, puede tener como objeto el revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas [art. 193.b) LJS]. A esto quiere aludirse cuando se afirma que la Ley contempla el recurso como remedio del error de hecho albergado en la resolución que se ataca.

La impugnación de los hechos declarados como probados (que pueden estar indebidamente recogidos en la parte de fundamentación jurídica) por el Juez de lo Social no puede llevarse a cabo genéricamente, en función de la discrepancia con ellos, sino que ha de tomar necesario apoyo en una de las dos modalidades probatorias referidas (documental o pericial) si se hubieren practicado en el juicio. Desde luego, el carácter extraordinario del recurso lleva a descartar toda práctica de prueba y elaboración del relato fáctico por parte del Tribunal Superior, así como a proscribir (salvo supuestos excepcionales) la valoración conjunta de la prueba, competencia del juzgador de instancia. Lo único que existe es la posibilidad de que los afectados interesen la reconsideración del factum fijado en instancia, si es que pueden fundar su deseo del modo aludido.

Como excepciones, la doctrina judicial suele admitir la competencia del Tribunal Superior para modificar ex officio los hechos declarados probados en al menos tres supuestos: cuando está en juego la competencia por razón de la materia, (caso arquetípico es el de calificación del vínculo profesional existente), cuando la sentencia recurrida aparecen calificaciones o valoraciones que predeterminan el fallo. También es usual que admita completar el relato fáctico atendiendo a los hechos sobre los que las partes estuvieron conformes (art. 87.1 LJS).



La revisión fáctica interesada ha de ser trascendente respecto del fallo, pues en caso contrario la suplicación carecería de sentido y el principio de economía procesal llevaría, como tantas veces sucede en este tipo de recurso extraordinario, a que, una vez determinada la intrascendencia de la rectificación interesada, ni siquiera entrase el Tribunal a determinar si se estima o no. A través de este motivo, es doctrina reiterada puede combatirse tanto el error aditivo (dar como probado lo que no sucedió) cuanto el omisivo (silenciar lo verdaderamente acaecido), si bien presuponiéndose la ya advertida necesidad de que posean incidencia sobre el fallo; lo que no resulta posible es interesar que se den como probados hechos negativos.

La inviabilidad del recurso que sólo se dirigiera a modificar la crónica histórica de la sentencia de instancia se afirma en numerosas sentencias de suplicación, pues estaría vacío de contenido.

Respecto al valor de la prueba documental que sirve de sustento a la revisión, algunos pronunciamientos de suplicación y doctrina autorizada han concedido eficacia revisoria a documentos tales como la denuncia formulada ante la Comisaría de Policía, las actas notariales, certificaciones de la TGSS, certificado del Insalud, contrato de trabajo, documentos privados o públicos, expedientes de regulación de empleo, el libro de matrícula, nóminas y recibos, pactos colectivos, otras sentencias. En otras ocasiones se han tenido por documentos ineficaces actas de la Inspección, actas del juicio, actas de comité de empresa, boletines de cotización, una carta de despido, epístolas privadas, certificaciones no averdadas, certificaciones de central sindical o comité de empresa, convenios colectivos, la demanda, documentos de parte, escritos privados no ratificados a presencia judicial, fotocopias no averdadas, un informe clínico, un informe de agencia de investigación o detectives privados (criterio confirmado por STS 24 febrero 1992), el informe de auditoría, el certificado de vida laboral, el libro de matrícula, recibos y nóminas, un pliego de cargos, el recibo de saldo y finiquito o recortes de prensa.

En fin, son documentos eficaces para producir la revisión, como hemos dicho en nuestra sentencia de 6 de marzo de 2015, rec. 917/2014 , todos aquellos que recogen el pensamiento humano, pero no son hábiles a tal fin los que se limitan a reproducir una prueba de confesión o testifical, o los que recogen meras manifestaciones de una de las partes. Así , por ejemplo, sin ánimo exhaustivo, no tienen valor para modificar los hechos probados, conforme a una consolidada doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo, seguida por los TSJ, el acta levantada por la Inspección de Trabajo basada en las manifestaciones del empresario y los trabajadores [STCT 12 jun. 79], el acta del juicio oral [STCT 5 jun.79], carta de despido [STCT 6 jun.79], certificado de la alcaldía cuando está basada en informes suministrados por los agentes municipales [STCT 9 jul. 1980], certificado de empresa [STCT 11 dic.79], declaración jurada, [STCT 26 nov. 79], denuncia penal [STCT 25 jun. 80], documentos no fehacientes incluyéndose dentro de ellos las fotocopias, copias simples, copias mecanografiadas cuando no estén autenticadas por el funcionario que corresponda o reconocidas por las partes [STCT 14 dic.79], documentos confusos, imprecisos o ilegibles [STCT 29 sep. 79], libro matrícula [STCT 26 sep.79] informes de una agencia de detectives privados [STS 24 feb. 92], recortes de prensa [STCT 18 nov. 80].

Aunque existe un cúmulo de pronunciamientos de suplicación acerca del valor de diversas modalidades de documentos o pericias, hay que ser muy prudente al invocarlos, pues con frecuencia esa valoración está en función del conjunto del material probatorio existente en el caso y las contradicciones sobre la virtualidad revisoria de un documento pueden ser más aparentes que reales. En todo caso hay que exigir la fehaciencia o literosuficiencia del documento, sin necesidad de deducciones o conjeturas, en orden a la evidencia del error padecido por el juzgador.

Los documentos aludidos sólo pueden ser aquellos que se hayan aportado como medio de prueba, a través del cauce previsto al efecto. Así, por ejemplo, no son medio de prueba, aunque se trate de documentos, ni el acta del juicio o su reproducción videográfica (art. 89.1 LJS) o cualquier otra resolución recaída durante su transcurso, ni las actas de la Inspección de Trabajo, ni la comunicación de la autoridad laboral mediante la que se inicia un procedimiento de oficio (así, arts. 148 y 158 LJS).

No son " *documentos* " aquellos que recojan el resultado de las pruebas practicadas al amparo del artículo 95.1 LJS: dictámenes de expertos, informes de las Comisiones Paritarias del Convenio y dictamen de organismos públicos respecto de la pretendida discriminación sexual.

El ataque al relato de hechos probados ha de fundarse en documento a partir del cual derive " *con fuerza eficaz y probatoria* " el error padecido por el juzgador de instancia, sin necesidad de proceder a nueva valoración de la prueba practicada (STS 16 marzo 1998).

Teniendo en cuenta que la reconsideración del material probatorio únicamente procede con fundamento en las dos modalidades de prueba señaladas, y en la medida en que se encuentran incorporadas a los autos, el escrito mediante el que se interponga el recurso de suplicación habrá de reseñar también (" *de manera suficiente para que sean identificados* ") sus concretos basamentos (" *los documentos y pericias en que se base* "), tal y como



dispone la LRJS, sin que pueda bastar al efecto con una genérica remisión a las pruebas obrantes en autos. No es difícil percatarse de la importancia que este extremo posea, sobre todo si se tiene presente la prohibición de aportar nuevos documentos, realizar alegaciones o solicitar la práctica de pruebas complementarias.

Múltiples sentencias de suplicación exigen que el recurrente indique con exactitud cómo habrán de redactarse los hechos declarados probados (un texto alternativo) y advierten que la rectificación sólo cabe cuando el error del Juez de instancia se manifieste de manera clara, evidente y directa, sin necesidad de acudir a silogismos deductivos, conjeturas, operaciones aritméticas, suposiciones o interpretaciones.

Como viene poniendo de relieve la doctrina de esta Sección de Sala en relación con la modificación de hechos probados (así, y por todas, su sentencia de 3 de octubre de 2014, rec. 61/2014):

" (...) el recurso de suplicación se configura como de naturaleza extraordinaria, casi casacional, de objeto limitado, [base trigésimo tercera de la Ley 7/1989] en el que el tribunal "ad quem" no puede valorar "ex novo" toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes, [SSTC 18/1993 y 294 /1993], lo que no obsta a reconocer se haya evolucionado hacia la consideración de oficio de determinados temas como son la insuficiencia de hechos probados y los defectos procesales, procedente contra las resoluciones y por las causas o motivos limitativamente tasados o seleccionados por el legislador. De donde se sigue que, a diferencia de lo que ocurre en la apelación civil, recurso este de carácter ordinario, no existe en el proceso laboral una doble instancia que permita traer la cuestión objeto de la resolución impugnada al pleno conocimiento de un órgano superior, sino que el sistema de recursos viene inspirado, según el legislador, por el principio de doble grado jurisdiccional, [base trigésimo primera de la Ley 7/1989].

Los Juzgados de lo Social vienen diseñados como órganos de acceso a la prestación jurisdiccional en primera y única instancia, no habiéndose incorporado al orden jurisdiccional laboral la figura de la apelación. Las sentencias de esos órganos unipersonales podrán ser recurribles en suplicación ante los Tribunales Superiores de Justicia y sólo ante ellos, con lo que se cumple, y en términos rigurosos, la previsión constitucional de culminar la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. [Artículo 152.1, párrafo 3.º, CE y punto III exposición de motivos Ley 7/198].

Solamente se puede pedir la revisión de los hechos probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, conforme determina el art. 193 b) LRJS .

Es necesario, atendiendo a reiterada doctrina judicial para que pueda operar la revisión de los hechos declarados probados propuesta por las partes que concurren los siguientes requisitos [STSJ Madrid 17 ene.02]:

A) Ha de devenir trascendente a efectos de la solución del litigio, con propuesta de texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder y basada en documento auténtico o prueba pericial que, debidamente identificado y obrante en autos, patente, de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error en que hubiera podido incurrir el juzgador, cuya facultad de apreciación conjunta y según las reglas de la sana crítica, (artículo 97.2 LPL) no puede verse afectada por valoraciones o conclusiones distintas efectuadas por parte interesada. Es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba- para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba práctica.

B) La revisión pretendida sólo puede basarse en las pruebas documentales o periciales sin que sea admisible su invocación genérica, y sin que las declaraciones de las partes o de testigos sea hábiles para alcanzar la revisión fáctica en el extraordinario recurso de suplicación.

C) El Juzgador ha de abstenerse de consignar en la relación de hechos probados cualquier anticipación de conceptos de derecho, que tienen su lugar reservado en la fundamentación jurídica.

D) La alegación de carencia de elementos probatorios eficaces, denominada por la doctrina "obstrucción negativa", resulta completamente inoperante para la revisión de los hechos probados en suplicación ante la facultad otorgada al Magistrado de apreciar los elementos de convicción.

E) La revisión pretendida debe ser trascendente para el sentido del fallo, esto es, influir en la variación de la parte dispositiva de la sentencia, y no puede fundarse en hechos nuevos no tratados ante el Juzgado de lo Social. Excepcionalmente debe tenerse en cuenta la posibilidad de aportar documentos nuevos, después de la celebración del juicio en la instancia, en el caso del artículo 231 LPL en relación al 270 LEC .

(...) De los términos de la redacción fáctica solicitada ha de quedar excluido:



- a) *Todo lo que no sea un dato en sí, como los preceptos de normas reglamentarias de carácter interno o del convenio colectivo aplicable, y, en definitiva cualquier concepto jurídico.*
- b) *Los hechos notorios y los conformes.*
- c) *Los juicios de valor predeterminantes del fallo, cuya sede ha de corresponderse con la motivación o fundamentación jurídica del recurso.*
- d) *Las hipótesis, conjeturas o elucubraciones, pues lo no acontecido, por posible, probable o incluso seguro que pudiera resultar llegar a ser, de darse las condiciones correspondientes, no ha llegado a ser, y debe quedar fuera de esa relación.*
- e) *Los hechos negativos cuando equivalen a no acaecidos".*

TERCERO.- Este primer motivo del recurso, destinado a la revisión del relato fáctico, adolece de deficiente técnica de suplicación, pues, por de pronto, solicita la adición de un nuevo hecho que primero enumera como cuarto, para seguidamente referirse a "*la adición propuesta al hecho probado séptimo*", y finalizando, en la pág. 5 de su escrito de recurso, refiriéndose a "*la redacción propuesta del Hecho Probado Segundo*". Por otra parte, no enumera el número del folio o folios de los documentos en autos que sustenta lo que califica de error en la valoración de la prueba. Y, si se está con ello queriendo referir al folleto publicitario obrante a los folios 30 a 131 y 148 de los autos, en modo alguno se advierte por la Sala el error fáctico, ya que no aparece en los mismos que la validez temporal del folleto sea la aducida por la actora (marzo de 2014-abril de 2015) sino que, como se indica en la última página, la vigencia temporal se circunscribe al periodo de 1 de abril de 2013 hasta el 31 de marzo de 2014, y debemos recordar fue justamente el 31 de marzo de 2014 cuando tuvo lugar la venta del negocio de circuitos terrestres a Terranova. Es decir, el propio folleto es la prueba palmaria de que el 31 de marzo de 2014 Pullmantur dejó de prestar servicios de circuitos terrestres "*land tours*" y "*city tours*" y fue Terranova quien continuó la actividad de los mismos. Al folio 148 de autos aparece el folleto fue editado en enero de 2014, anteriormente a la fecha de transmisión del negocio, por lo que es normal en dicha fecha Pullmantur ofertara los productos y servicios que tres meses después transmitió a Terranova. Sucede, además, lo que produce desconcierto a esta Sala, que el "*informe de auditoría*" no se identifica con referencia al número de folio en autos, habiéndonos tomado la molestia de examinar uno a uno los folios de los ramos de prueba de parte sin que sepamos a ciencia cierta a qué informe de auditoría se refiere, existiendo abundante prueba documental que contradice lo que la recurrente intenta adicionar.

CUARTO. - Con correcto amparo procesal en el apartado c) del art. 193 LRJS denuncia en el segundo motivo infracción del art. 44 ET por considerar no se han acreditado los presupuestos de la subrogación legal, toda vez, aduce, la cesión se ha limitado únicamente a unos contratos de trabajo de la plantilla que carecen de sustantividad como sustrato productivo de una actividad autónoma, pues desde el momento inicial de la pretendida transmisión aparecen ligados funcionalmente a la continuación de la actividad en la misma empresa, al resultar "*palmario*" Pullmantur sigue comercializando después de la cesión de contratos de trabajo el producto.

QUINTO.- Antes de dar respuesta al alegato de la recurrente no es ocioso recordar la delimitación conceptual de la sucesión empresarial debe ser examinada, no solamente a la luz del art. 44 del ET, sino también de tres importantes directivas comunitarias que están en relación de primacía y con eficacia jurídica directa sobre nuestro ordenamiento interno: 187/1977, 50/1998 y 23/2001 que obligó a reformar el art. 44 ET por Ley 12/2001.

Las directivas comunitarias nos hablan, no de sucesión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, sino de "*traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión*".

Conforme dispone el art. 44 ET el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo, o de una unidad productiva autónoma, no extingue 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 por pensiones y, en general, las obligaciones que hubiera adquirido el cedente en materia de protección social complementaria.

Existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecta a una entidad económica que mantiene su identidad, entendida dicha entidad como un conjunto organizado de personas y elementos, que permite el ejercicio de una actividad económica y persigue un objetivo propio (STJCE 11-3-97, C-13/95 ; 20-11-03, C- 340/01 ; 15-12-05, C-232/04 y 233/04 ; TS 14-2-11 , EDJ 14020).



Se produce la sucesión de empresa y, por tanto, el cambio de titularidad, cuando se transmiten los elementos productivos, entendidos estos en un sentido amplio, y en todo caso, los necesarios para que continúe la actividad. Han de concurrir dos elementos (STS 14-4-2004, rec. 4228/2000):

a) Subjetivo, que consiste en la sustitución de un empresario por otro que continúa la actividad; sin que sea necesaria la existencia de relaciones contractuales entre ambos, ya que la cesión puede tener lugar a través de un tercero (STJCE 7-3-96, asuntos C-171/94 y C-172/94 ; 11-3-97, asunto C-13/95; 24-1-02, asunto C-51/00; 20-11-03, asunto C-340/01).

b) Objetivo, supone la entrega real, por cualquier medio o título jurídico válido en derecho, de todos los factores esenciales de la empresa y capaces de asegurar la continuidad del conjunto de sus elementos, tanto el técnico como el organizativo y patrimonial, o, cuando menos, el traspaso de elementos patrimoniales susceptibles de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional de una entidad económica que mantenga su identidad entendida como un conjunto de elementos organizados para realizar una actividad económica esencial o accesoria. Transmisión de los elementos suficientes, esenciales y necesarios para poder continuar la actividad productiva, no bastando la transmisión de elementos patrimoniales aislados no susceptibles de ofrecer bienes y servicios al mercado (STS 16-7- 2003, rec. 2343/2002).

Para que se produzca la sucesión legal de empresas y opere el art. 44.1 del ET se exige que se haya producido la transmisión de un conjunto organizado de medios materiales y humanos que permita la continuidad de la actividad empresarial sin que la mera transmisión de activos que no constituyan un conjunto organizado susceptible de posibilitar la continuidad de la empresa sea suficiente (STS 25-2-2002, rec. 4293/2000).

Cabe preguntarse si una empresa que transmite a otra una de sus varias actividades, como sucede en el caso enjuiciado, produce la transmisión de los trabajadores que, en ese momento, prestan servicios en esa concreta actividad.

Una actividad autónoma de la empresa que se transfiere a otra empresa conlleva las notas de autonomía suficiente como para equipararse a lo que estatutariamente se entiende por unidad productiva autónoma, con organización específica (art. 1.5 ET) ya que tanto vale conceptuar el centro de trabajo transferible desde un punto de vista locativo como desde una óptica funcional y organizativa.

En este caso procederá una subrogación parcial de la empresa cedente, la de aquellos contratos de trabajo adscritos a la actividad autónoma que se transfiere, sea cual sea el título jurídico en virtud del cual se transfiera.

La mera coincidencia de objeto social de la empresa entrante respecto a la saliente no es título bastante para que se produzca la sucesión de empresas, siendo necesario concorra la transmisión de elementos productivos esenciales y suficientes que permitan continuar la actividad (STSJ Madrid 09-12-14, rec. 553/2014).

Nótese el art. 44 ET es una norma imperativa o de ius cogens que produce efectos ope legis, sin margen alguno a la negociación colectiva o a la autonomía de la voluntad para poder disponer de sus efectos, si concurren sus presupuestos, de forma que, como razona la STSJ Madrid de 10-2-2015, rec. 629/2014 , cualquier convenio colectivo o pacto (individual o colectivo) que lo niegue, condicione o limite su ámbito de aplicación resulta nulo de pleno derecho (inciso inicial del art. 85-1 ET y art. 3-1-c ET).

En suma, la sucesión que se produce conforme a la Ley tiene carácter imperativo (STS 26-11-04, rec. 5071/2003) y, en consecuencia, no necesita de un acuerdo entre las partes para su aplicación (STS 20-10-09, rec. 147/2008).

Los distintos supuestos de subrogación empresarial en el Derecho español son los que siguen:

A). Artículo 44 del ET , que denominaremos sucesión legal empresarial, no disponible por la autonomía colectiva, reformado al compás de las Directivas comunitarias e interpretación de la jurisprudencia del TJCE, condicionado al requisito subjetivo de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y al objetivo de la entrega o aporte de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas para la continuidad de la actividad productiva. Aquí se incluyen, entre otros supuestos, la venta de empresa, fusión y escisión de empresas, arrendamiento de empresa, la permuta, la subasta judicial, etc. En cambio, no es un supuesto de sucesión empresarial la compra de acciones, al mantenerse la personalidad jurídica produciéndose únicamente un cambio en la titularidad de las participaciones del capital social.

Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración (STS de 28 abril de 2009, rec. 4614/2007) 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.

B). Sucesión empresarial por disponerlos los pliegos de concesiones administrativas, cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos previstos en los mismos.

C). Subrogación empresarial convencional por así disponerlo los Convenios colectivos, para cubrir un espacio al que no alcanza el art. 44 ET , aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales, contrayéndose a los casos expresadamente pactados y en tanto y en cuanto se hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos en la norma estipulada para que surta efecto, (normalmente entrega de una determinada documentación y cumplimiento de una determinada antigüedad) no dándose si se incumpliera alguno de ellos, de efectos limitados a los prevenidos en el convenio sin llegar a establecer responsabilidades solidarias en materia salarial y de Seguridad Social, pues de no ser así se produciría un régimen "muy severo".

D). Sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del art. 44 del ET , supuesto a que hace méritos una copiosa jurisprudencia referida a las empresas de handling, que constituye una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art. 1205 del Código Civil . No hay pues que confundir la sucesión legal o convencional con la mera cesión de contratos de trabajo, en la que se requiere el consentimiento individual -expreso o tácito- del trabajador afectado, siendo insuficiente el de sus representantes legales y/o sindicales (STS 21-10-2004, rec. 5075/2003). En caso de no prestar consentimiento la subrogación resulta anulable (STJCE 24-1-02, Asunto C-51/00).

E) Sucesión de plantillas, aun no dándose tampoco los presupuestos del art. 44 del ET ni prever la subrogación el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones, figura esta nacida de la jurisprudencia del TJCE, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo, relevante o importante de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo (asumir por ejemplo la empresa entrante dos trabajadores sobre un total de seis, STS 25-1- 2006, rec. 3469/2004), como cualitativo, siempre que la actividad productiva descansa esencialmente en la mano de obra. En estos casos, el hecho de asumir a una parte relevante, en número y competencias, de los trabajadores de la empresa anterior, puede constituir un supuesto de sucesión empresarial. Aquí, la organización productiva, es la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados, y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad. Así, por ejemplo, en una empresa de limpieza, 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. Este supuesto ha sido aceptado finalmente por la Sala Cuarta del TS en sus sentencias de 20-10-2004, rec. 4424/2003 y 27-10-2004, rec. 899/2002 , aun suscitando en la mismas ciertas "reservas" , entre otras razones, "por el efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías" que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger, ya que la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el TS que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece. Ahora bien, a contrario sensu, 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 asumiendo éste un importante número de trabajadores del saliente, no se considera hay sucesión de empresas si no se transmiten los elementos necesarios para el ejercicio de la actividad (STS de 28 abril 2009, rec. 4614/2007).

F). Sucesión de empresas en caso de concurso, para lo que habrá de estarse a las especialidades de la Ley Concursal, en concreto artículos 100.2 y 149.2 de la misma.

Dicho esto, el motivo segundo del recurso carece de base fáctica y jurídica para que pueda prosperar.

Nos explicaremos.

Contrariamente a lo argumentado por la recurrente el hecho probado quinto es revelador de que ha transmitido un centro de actividad, una parte o unidad productiva autónoma de Pullmantur a Terranova, entendida como un conjunto organizado de bienes y servicios para la realización de una actividad económica, y no elementos patrimoniales aislados, y así el contrato de compraventa (folios 388-471) demuestra se transmiten bienes muebles, inmuebles, proveedores, clientes, contratos, en definitiva una entidad económica que permite prestar los servicios en igualdad de condiciones por parte de la entidad adquirente, en cuanto unidad patrimonial de negocio susceptible de ser inmediatamente explotada, así como todos los trabajadores adscritos a la actividad, dejando Pullmantur, desde el 31-3-14, de desarrollar el negocio que transfiere al comprador. Todo un área



productivo, "International Land Tour", en el que estaba adscrita la actora, perteneciente a Pullmantur, como bien aduce la dirección técnica de esta última empresa en su elaborado y consistente escrito de impugnación, desaparece tras la transmisión (folios 223-284, y 286-350), y bajo tales premisas mal cabe deducir en términos jurídicos no se cumplan con los requisitos subjetivo y objetivo propios de la sucesión de empresas establecidos en el art. 44 ET .

SEXTO .- El tercer motivo, con el mismo designio que el precedente, denuncia infracción de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en concreto la de 26-5-05, C-478/03 , invocando su derecho a rechazar la subrogación legal, de manera que nos encontramos ante un despido tácito que debe calificarse de nulo al no ser incluida en el despido colectivo culminado en su día con acuerdo.

Tampoco en este motivo asiste razón a la actora. Desde luego la cita de la sentencia del TJE no resulta afortunada pues si bien se mira la misma no guarda relación con la base fáctica del caso que aquí enjuiciamos, y si lo que sugiere es que no puede producirse la sucesión legal de empresas por faltar su consentimiento, tal planteamiento choca frontalmente con la doctrina jurisprudencial a que más arriba se ha hecho mérito, olvidando que lo importante no es tanto el fenómeno intersubjetivo del traspaso de persona a persona --o de entidad a entidad, en su caso--, lo que se puede producir por el título o causa que sea, sino, más bien, el pase objetivo de la integridad del entramado empresarial en la totalidad de sus componentes, que es lo necesitado de preservación, de un titular a otro que ostente capacidad de gestión suficiente al respecto. Junto a ello, debe tenerse en cuenta que en toda sucesión de empresa se produce, desde una perspectiva subjetiva, una novación contractual de carácter modificativo, novación que opera, no por ratificación del trabajador o con su consentimiento, sino ope legis, excepcionándose con ello el régimen común del Derecho de obligaciones, en el que no cabe la transmisión de éstas sin mediar el consentimiento de las partes. Y no es en absoluto el caso enjuiciado subsumible en aquél en que se exige el consentimiento de los afectados por tratarse de una novación contractual y en aplicación del artículo 1205 del Código Civil , supuestos de cesión contractual en las empresas de handling a que se refiere una larga serie de SSTS de las que, por todas, citaremos la de 16-11-2005, rec. 4064/2004 .

En definitiva, el recurso se desestima, al no existir despido, sino sucesión legal de empresa que no precisa del consentimiento de la trabajadora, respetando la empresa cesionaria sus derechos y obligaciones en la cedente, y la sentencia queda confirmada.

Sin costas (art. 235 LRJS).

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a. María Rosa contra la sentencia de fecha 23 de febrero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social número 37 de MADRID , en sus autos número 581/14, seguidos a instancia de la recurrente frente a PULMANTUR CRUISES S.L, ROYAL CARIBBEAN HOLDINGS, PULLMANTUR S.A y TERRANOVA DIRECTORSHIP, en reclamación por despido. En su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia, sin hacer expreso pronunciamiento en costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220 , 221 y 230 de la LRJS .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 n^o recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid, 28010 de Madrid,



Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2826000000 nº recurso.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el , por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ