



Roj: **STSJ CANT 574/2015 - ECLI:ES:Tsjcant:2015:574**

Id Cendoj: **39075340012015100392**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **28/09/2015**

Nº de Recurso: **591/2015**

Nº de Resolución: **711/2015**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **MARIA JESUS FERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA nº 000711/2015

En Santander, a 28 de septiembre del 2015.

PRESIDENTA

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

MAGISTRADOS

Ilmo. Sr. D. Rubén López Tamés Iglesias

Ilma. Sra. D^a. MARIA JESUS FERNANDEZ GARCIA (Ponente)

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen, ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por Hostelería Bezana 2014 S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm.3 de Santander, ha sido nombrada Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA JESUS FERNANDEZ GARCIA quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda por D. Norberto siendo demandado Nuevo Paraíso del Pas S.L., Hostelería de Bezana 2014 S.L., sobre Despido, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 13 de abril de 2015, en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- El demandante ha venido prestando sus servicios para las demandadas desde el 7-5-13 con categoría profesional de camarero y salario bruto diario de 25,48 euros (jornada parcial del 62,5 %).

2º.- El 7-10-14 la demandada redactó esta carta de despido:

"Muy Sr. Mío":

"La dirección de esta empresa debido a una serie de necesidades productivas en las que influyen la falta de clientes que se acumulan en estos últimos tiempos y que nos obliga a adoptar medidas que en otras circunstancias no serían adoptadas. Esta situación ha motivado que por su parte se haya procedido a una disminución en su rendimiento habitual y el mal ambiente que se ha generado ; ambiente que la empresa no puede permitir ya que redundaría en una mala imagen del establecimiento, por lo que nos vemos en la necesidad de proceder a su DESPIDO, muy a pesar nuestro, con efectos del día 22 de Octubre de 2014, pudiendo disfrutar a partir de mañana y hasta esa fecha del periodo de vacaciones devengadas que concluirían el día del cese, día



en que le serán abonadas las cantidades pendientes de percibir, así como la documentación a los efectos de la solicitud del desempleo Sin otro particular y rogándole acuse de recibo de la presente, le saluda atentamente".

3º.- Las demandadas presentan estos datos registrales:

. El Nuevo paraíso del Pas S.L.:

.. constitución: 29-4-2011.

.. objeto social: toda clase de servicios de restauración, hostelería y catering.

.. domicilio social: Oruña de Piélagos, barrio Socorbio nº 2.

.. administración: Mónica y Vidal .

.. fundadores: Mónica y el esposo Jesús Manuel .

. Hostelería de Bezana 2014 S.L.:

.. constitución : 7-10-2014.

.. objeto social: toda clase de servicios de restauración, hostelería y catering.

.. domicilio social: Urbanización Bezana Bella, nº 70, Santa Cruz de Bezana.

.. administración: Vidal y Mónica .

.. fundadores: Mónica y Jesús Manuel en nombre de Vidal .

4º.- 4 trabajadores de la demandada Hostelería de Bezana S.L. prestaron servicios para la otra co-demandada (Casimiro , Eleuterio , Angustia y Covadonga). (el contenido de la vida laboral de las co-demandadas se tendrá por reproducido).

5º.- El 29-5-14 se dictó sentencia por el magistrado del juzgado de Primera instancia nº 2 de Santander que condenó al arrendador del inmueble arrendado por la demandada Nuevo Paraíso del Pas S.L. a reparar las imperfecciones acreditadas y existentes en el inmueble arrendado. (el contenido de esta sentencia se tendrá por reproducido).

Pende contra la demandada citada demanda por desahucio.

6º.- El demandante no ostenta, ni ha ostentado la condición de representante de los trabajadores o delegado sindical.

7º.- El 3-11-14 se celebró acto de Conciliación con resultado infructuoso.

TERCERO.- En dicha sentencia se dicto el siguiente Fallo o parte Dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por don Norberto contra EL NUEVO PARAÍSO DEL PAS S.L. y HOSTELERÍA DE BEZANA 2014 S.L., declaro improcedente el despido del demandante de 22-10-2014 y, en consecuencia, condeno solidariamente a las demandadas a que, a su elección, readmitan al demandante en las mismas condiciones anteriores al despido o indemnicen solidariamente al demandante con la cantidad de 1.261,26 euros, con abono de los salarios dejados de percibir en caso de readmisión desde el 23-10-2014 hasta el día de la efectiva readmisión, a razón de 25,48 euros diarios.

La opción prevista en el párrafo anterior deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo de cinco días a partir de la notificación de esta sentencia, sin perjuicio del recurso que contra esta se pueda interponer. Caso de no ejercitar la misma, se entenderá que el demandado opta por la readmisión".

CUARTO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda planteada y declara la improcedencia del despido comunicado al actor, mediante carta de fecha 7-10-2014, por razones productivas y de disminución de su rendimiento habitual, con efectos desde el 22 siguiente. Atribuyendo la responsabilidad de sus efectos a ambas codemandadas, en atención a la sucesión empresarial del art. 44 del ET . Pues, la carta comunicada apenas contiene información suficiente, que permita al empleado conocer las causas de su despido, admitiendo la codemandada que redacta la citada carta que la referencia a la disminución de su rendimiento es un error; y, en cuanto al resto, los motivos productivos solo están esbozados, ya que, respecto de



la falta de clientela no se explica en qué medida afecta al devenir de la empresa, ni porque se decide amortizar su puesto de trabajo. Concluyendo que no reúne los requisitos mínimos para la defensa del empleado, contiene errores, su simple lectura es difícil, no da explicación adecuada la de las causas productivas en que se apoya, lo que funda su improcedencia.

Y, respecto de la sucesión de empresas la sustenta en la evidencia de que la empresa NPP habría atravesado problemas de funcionamiento, que habría desembocado en un expediente judicial civil en el que el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander ha fallado la obligación de la arrendadora del local que pretendía explotar, de proceder a las oportunas reparaciones del inmueble. A la par que esto sucedía, la codemandada NPP pudo comprobar que no podía proseguir con su proyecto, lo que provocó la constitución de la codemandada HB el 7-10-14, es decir, varios meses después del dictado de la sentencia civil referida. Contratando la nueva, con igual objeto social, administradores como fundadores de ambas y socios, algunos operarios (4), sin que la modalidad temporal o definitiva de su relación laboral obste a tal pronunciamiento.

Concluyendo que una empresa no puede constituir una empresa y a la vez explotar el negocio la nueva, que tiene el mismo objeto que la anterior, los administradores son los mismos, exactamente igual que los fundadores de la sociedad anterior y algunos operarios de aquella pasan a formar parte de la nueva empresa. Por lo que son responsables solidarias, ambas, de la indemnización resultante del despido comunicado al actor.

Frente a esta decisión formula recurso de suplicación la representación letrada de la empresa Hostelería de Bezana 2014 S.L., a tenor de lo establecido en el artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (remisión que también se entiende referida al vigente artículo 193.b) de la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción Social 36/2011, de 10 de octubre), instando la revisión de dos hechos declarados probados.

1 - En dicho orden, propone la adición en el primer párrafo del hecho probado cuarto (a continuación del paréntesis) del siguiente del texto literal, que deduce, documentalmente, de los informes de vida laboral de El Nuevo Paraíso del Pas S.L. y Hostelería Bezana S.L. (doc. Nº 4, 5, 6, 7 y 10 de los unidos en el acto del juicio oral por esta parte procesal):

"En concreto, D. Eleuterio trabajó para Nuevo Paraíso del Pas de forma discontinua, D. ^a Angustia un solo día el 23 de agosto de 2014 y D. ^a Covadonga tan solo dos días el 4 de mayo de 2014 y el 15 de junio de 2014, además D. ^a Covadonga solo ha trabajado un día para Hotelaría Bezana S.L. en concreto el día 6 de enero de 2015".

El ordinal citado, da por reproducida el informe de vida laboral que funda el recurso, que por lo tanto puede estarse a su integridad, ya ha sido valorado en la instancia, y ni la revisión propuesta, evidencia error del Juzgador relevante a la litis, dado que sigue acreditando lo por ella referido respecto a que la nueva empresa contrata a 4 trabajadores de la anterior, a lo que no es obstáculo que lo sea días, en especial cuando del sector en que se emplea así como del mismo informe que cita, se evidencia lo regular de la contratación discontinua de empleados. Por lo que, en atención al precepto que funda el recurso y el art. 196.3 del mismo Texto legal, no es atendible.

2 - Siguiendo con la revisión fáctica la empresa recurrente, propone la adición al hecho declarado probado quinto, del texto que obtiene de la documental consistente en buro fax, aportado por la codemandada como doc. 2 f), oposición a la demanda de desahucio o doc. 13 del mismo, y resto de buro fax unidos a dicha oposición con doc. 14, 15 y 16:

"Nuevo Paraíso del Pas S.L., al amparo del art. 26 de la LAU tiene suspendido el contrato de arrendamiento desde el 31 de octubre de 2014".

La recurrida valorando el conjunto, en que se incluyen los citados documentos y resto de documental y declaraciones concluye que siendo cierta la declaración civil, no obsta a que llegue al convencimiento por el resto que solo al magistrado de instancia incumbe, en atención a lo preceptuado en el art. 97.2 de la LRJS, frente a la que la valoración parcial e interesada de la recurrente no es prevalente. Que, a la par del dictado de la sentencia civil, esta empresa (a través de sus órganos sociales coincidentes con la nueva), pudo comprobar que no podía proseguir con su proyecto, lo que motivó la creación de la nueva empresa, con igual objeto, fin, fundadores sociales y algunos operarios de la anterior.

Luego subsistente el resto del relato esencial a la confirmación de la recurrida (sobre igual objeto, fundadores, socios, administración, parcial contratación de trabajadores de la anterior...), el mero dato del pronunciamiento civil sobre la suspensión del contrato de arrendamiento de negocio de la anterior, a la espera de la reparación del arrendador acordada. No impide que la codemandada continúe con la actividad de su empleadora, cuyos órganos sociales, habían acordado de facto, su fin.



SEGUNDO .- La parte recurrente, insta con apoyo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (vigente art. 193.c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social), infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores . Por cuando no consta que se haya producido transmisión de activos entre empresas que constituyan por sí mismo un conjunto organizado susceptible de continuar el negocio. En interpretación de doctrina jurisprudencial que cita, pues considera que no hay dato concreto alguno en la resolución recurrida que lo avale, tratándose de dos proyectos empresariales distintos, ni siquiera que haya contratado a parte esencial de la plantilla, que prestaba servicios para la codemandada, en una actividad que además no descansa esencialmente en la mano de obra, sino que exige instalaciones e importantes elementos materiales.

Ahora bien, la recurrida concluye que la referida contratación es relevante para entender sucedida la actividad de la anterior, que tampoco descansaba en bienes propios sino alquilados en la posteriormente constituida, y lo que la recurrente no justifica es que exista una plantilla esencial y relevante, diferente de la anterior y continúa, respecto de la anterior, por la mera constitución formal de nueva empresa. Por los mismos socios fundadores, con posterioridad a la suspensión del contrato civil que arrendaba el anterior, al comprobar la falta de viabilidad de dicha empresa. Para continuar la misma actividad (toda clase de servicios de restauración hostelería y catering), meses después (de abril a octubre de 2014), y contratando a parte de trabajadores de la anterior.

La cuestión sería igualmente encuadrable en la teoría del levantamiento del velo o grupo de empresas laboral, con responsabilidad solidaria (que la parte actora no formula expresamente); pero se admite por la sala, en un sentido amplio de configuración empresarial sucedida, como unidad productiva integrada por los constituyentes, los bienes que aporta a la sociedad, para seguir en definitiva, el mismo proyecto, bajo distinto ropaje de personalidad jurídica diferente, con ánimo de defraudar los derechos laborales de la anterior.

Una vez, se declara probado en la instancia y ello subsiste en el recurso, los mismos socios fundadores, aprecian, ante "la falta de viabilidad del proyecto" de la anterior, la necesidad de crear otra nueva para ejecutar igual actividad negocial. Lo que equivale a la práctica desaparición de la anterior acordada por los mismos fundadores, aunque materialmente no lo hayan ejecutado, con la paralela creación de nueva empresa, con idéntico objeto, fin, integrantes, administradores y contratando parte de la plantilla que solo en su parcial versión es no esencial a la actividad. Sin las garantías correspondientes laborales de la plantilla de la anterior.

En tal sentido, se estima por la sala, como otras (STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, Sala de lo Social, Sección 1ª de 9 julio de 2003, AS 2004\928, rec. 121/2003 y la jurisprudencial en ella referida que se da por reproducida), respecto a «cambios no transparentes de empresario», como aquellos que tienen lugar por factores o circunstancias de facto, advertibles a través de datos o indicios tales como el mantenimiento del mismo negocio o actividad, domicilio social y plantilla total o parcial que ponen de manifiesto la existencia de un tracto directo entre las dos empresas. Lo característico de estas situaciones es que ese tracto directo o conexión entre los sucesivos titulares no es fácilmente identificable, a diferencia de los cambios transparentes, en los que externamente se produce un negocio jurídico que lo opera, pero sí reconocible o reconstruible a partir de indicios que permiten considerar que se está en presencia de una misma empresa que continúa su actividad a cargo de un titular distinto (STS/IV de 3-2-1987 , RJ 1987\767). Un supuesto típico viene constituido por la desaparición de una empresa y la aparición sucesiva de otra -que es lo aquí acreditado en la instancia-, formalmente diferente, pero dedicada a la misma o similar actividad, integrada socialmente por bienes de la anterior (aquí, en su constitución social, unida a las actuaciones, ambas solo aportan el capital social distribuido entre sus socios), empleando a trabajadores de la anterior, en la atención de la misma actividad negocial de hostelería, con coincidencias significativas o totales de sus administradores o detentadores de la propiedad de una u otra empresa (socios).

Son estos elementos los que, aun sin estar presentes íntegramente en cada caso concreto, pueden llevar a concluir que existe una continuidad en la identidad empresarial que ha tratado de ocultarse fraudulentamente (que es lo concluido en la instancia), con personalidades jurídicamente independientes y distintos y sin haberse exteriorizado el concreto mecanismo de transmisión de la empresa de uno a otro titular (STS/IV de 19-9-1997 , RJ 1997\6573), debiendo aplicarse en estos casos el mecanismo subrogatorio previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores .

Establecido lo anterior, el motivo de censura jurídica planteado ha de ser desestimado pues, desprendiéndose de la resultancia de hechos probados: -a) que el actor prestaba servicios de camarero en el local del que pende acción por desahucio de la empresa NPP, regentada por la misma administración social que la codemandada HB recurrente, coincidente en socios y fin social; -b) que seis meses después de la sentencia civil que condena al arrendador del inmueble a reparar imperfecciones y cuando la misma administración social se da cuenta de lo inviable del proyecto empresarial, creando la nueva entidad, que se dedica a la misma actividad de hostelería y contratando a 4 empleados de la anterior, aun en su calidad de discontinuos incluso en fechas concretas (el informe se emite hasta marzo de 2015); -c), que solo en apariencia continúa subsistente la empresa



anterior, que está prácticamente liquidada o dejada sin contenido por los mismos socios y administradores, que trasladan la actividad negocial en el mismo sector, a la nueva.

En definitiva, concluyendo la recurrida la identidad esencial de las dos empresas, para eludir así las obligaciones derivadas del contrato de trabajo que había mantenido con el actor, lo cual no impide la aplicación del mecanismo subrogatorio previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores .

Pues, no estamos en presencia de dos empresas diferentes sino ante una misma empresa que, sin modificación de la actividad, ha tenido que cambiar de local de negocio por las circunstancias afectantes al arrendamiento de la anterior, lo que es aprovechado por la empresa para liquidar de facto la anterior personalidad jurídica y crear fraudulentamente una nueva, coincidente con la comunicación de la extinción del contrato del actor, alegando la no continuidad de la actividad. Que por el referido art. 44 del ET , sin embargo le alcanza en sus efectos solidarios.

Así la base patrimonial de la sociedad anterior se pretende oponer, a la reclamación del actor, creando una nueva empresa con el objetivo de frustrar sus derechos laborales. Sin que se desvirtúe la anterior conclusión el hecho de que no haya transmisión formal de bienes entre ambas (STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª de 12-11-2003, JUR 2003\95602, rec. 3085/2002).

El hecho de que aparentemente no se haya liquidado la anterior, cuando, se declara que realmente lo ha sido, y meses después se crea una empresa nueva, con apariencia de personalidad jurídica diferenciada, pero con coincidencias poderosas de socios, administración, objeto social, bienes sociales aportador para el mismo objeto negocial y con parcial contratación de empleados de la anterior, no aclarando la recurrente la verdadera plantilla fija actual, comparativamente con la anterior. Sin que la recurrida de detalle, ni la parte recurrente cite documental fehaciente y claro, que evidencie la total desvinculación de bienes personales y materiales dedicados al mismo negocio de hostelería que fundan el recurso. No se aprecia la vulneración de normas pretendida de la recurrida.

No discutiendo la recurrida la calificación de despido improcedente por lo impreciso de la carta notificada, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la recurrida que no incurre en la infracción de normas denunciada.

Co expresa imposición de costas procesales a la parte recurrente en la cuantía de 650 euros (art. 235.1 LRJS).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación formulado por HOSTELERÍA DE BEZANA 2014 S.L., frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social número Tres de los de esta ciudad de fecha 13 de abril de 2015 , en virtud de demanda instada por D. Norberto contra la empresa recurrente y NUEVO PARAÍSO DEL PAS S.L., en materia de despido y, en su consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se hace expresa imposición de costas a la parte recurrente en la cuantía de 650 €, en concepto de honorarios de letrado de la parte impugnante del recurso.

Notifíquese esta sentencia a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma, previniéndoles de su derecho a interponer, contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dentro de los diez días hábiles contados a partir del siguiente al de su notificación. Dese a los depósitos el despido legal que corresponda. La entidad recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría de la Sala de este Tribunal Superior al tiempo de preparación del recurso, la consignación de un depósito de 600 € en la cuenta núm. 3874/0000/66/0591/15, abierta en la entidad de crédito Banco de Santander código de la entidad 0030, código de la oficina 7001. Igualmente deberá consignar en la misma cuenta citada, otro depósito por la cantidad total importe de la condena.

Devuélvanse, una vez firme la sentencia, el proceso al Juzgado de procedencia con certificación de esta resolución y déjese otra certificación en el Rollo de archivar en este Tribunal.

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

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