



Roj: **STSJ GAL 8187/2015 - ECLI:ES:TSJGAL:2015:8187**

Id Cendoj: **15030340012015105564**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **22/10/2015**

Nº de Recurso: **4957/2014**

Nº de Resolución: **5836/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

SECRETARIA SRA. BARRIO CALLE-BPB

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 36057 44 4 2014 0001985

402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0004957 /2014

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000397 /2014

Sobre: RECLAMACION CANTIDAD

RECURRENTE/S D/ña Eulogio

RECURRIDO/S: Jenaro

RECURRIDO/S: Enma Marisol

R

ILMO. SR. D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ

ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

En A Coruña, a veintidós de octubre de dos mil quince.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN **NO** MBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación número 4957/2014 interpuesto por D. Eulogio contra la **sentencia** del JDO. DE LO SOCIAL nº 5 DE VIGO, siendo Ponente ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por D. Jenaro en reclamación de Cantidad, siendo demandados D. Eulogio y Enma . En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 397/14 sentencia con fecha 17 de septiembre de 2014 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda formulada.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El demandante, Don Jenaro , ha prestado servicios laborales para Doña Enma y Don Eulogio , dentro del ámbito de los servicios de comidas y bebidas en las pizzerías "El Gaucho" y "Pepe", tras haber sido contratado como conductor de motocicletas y ciclomotores, desde el 15 de junio hasta el 29 de octubre de 2013.//SEGUNDO.- Realmente, la categoría ostentada por el trabajador era la de cocinero correspondiéndole por el desempeño de estas funciones, un salario mensual de 934,63 euros más tres pagas extraordinarias de igual cuantía cada una de ellas, así como 2,97 euros diarios en concepto de locomoción. Todo ello de acuerdo con las previsiones del Convenio provincial de Hostelería. Su jornada laboral comenzaba a las 8 de la mañana y finalizaba a las 24:00, con una hora libre para comer, durante todos los días de la semana a excepción de los lunes, en los que comenzaba a las 20:00.//TERCERO.- No han sido abonados al actor las cantidades siguientes: por 16 días de junio trabajados, 491,68 euros en concepto de salario base, a los que se suman 47,52 euros como plus de transporte. Un total de 539,20 euros. Por el mes de julio, 934,63 euros de salario base a los que se suman 92,07 euros por plus de transporte. Un total de 1.026,70 euros. Por el mes de agosto, 934,63 euros de salario base a los que se suman 92,07 euros por plus de transporte. Un total de 1.026,70 euros. Por el mes de septiembre, 934,63 euros de salario base a los que se suman 89,01 euros por plus de transporte. Un total de 1.023,64 euros. Por 29 días de octubre, 891,17 euros de salario base a los que se suman 86,13 euros por plus de transporte. Un total de 977,26 euros. 345,10 euros en concepto de la parte proporcional de paga extraordinaria de julio, 345,10 euros en concepto de la parte proporcional de paga extraordinaria de septiembre, y 345,10 euros en concepto de la parte proporcional de paga extraordinaria de diciembre. 345,10 euros en concepto de la parte proporcional asignable a las vacaciones no disfrutadas durante el año 2013. Por 1043 horas extras desempeñadas, 854 a la semana durante 19 semanas a 5,71 euros la hora extra, 5.955,53 euros.//CUARTO.- Por lo expuesto en el hecho probado tercero, La cantidad que los codemandados solidarios deben al actor asciende a 11549,43 euros, una vez realizado el descuento de 20 euros semanales abonado al actor durante las 19 semanas que desempeñó su trabajo, y que fue la única cantidad que se le abonó.//QUINTO.- Celebrada entre las partes conciliación previa, resultó la misma intentada sin avenencia."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda formulada por Don Jenaro , debo condenar y condeno solidariamente a Doña Enma y a Don Eulogio pagar a Don Jenaro la cantidad de 11.549,43 euros más 1.154,94 euros en concepto de intereses de demora."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada D. Eulogio no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Recurre el empresario condenado la estimación de la demanda, instando -por el cauce del artículo 193.b) LJS- la modificación del relato histórico, y denunciando -por la vía artículo 193.c) LJS- la infracción por aplicación indebida del artículo 44 ET .

SEGUNDO .- El motivo fáctico es inviable absolutamente, porque no cabe la revisión en base a una mera alegación de falta de prueba; como es sabido (así, SSTSJ Galicia 09/07/15 R. 678/14 , 145/15 R. 3714/13 , 09/04/15 R. 4084/13 , 16/09/14 R. 2082/14 , 27/12/13 R. 3185/13 , etc.), la regla es que no puede intentarse la revisión de hechos probados mediante la alegación de prueba negativa, o sea, no puede aducirse la mera inexistencia de pruebas demostrativas del hecho declarado probado (entre otras, SSTS 03/06/85 Ar. 3333 , 15/07/86 Ar. 4143 , 15/07/86 4148 y 27/03/90 Ar. 2359), siempre que se haya desplegado una mínima actividad probatoria (STS 21/03/90 Ar. 2204). Y, ello, porque es al Juez de Instancia al que corresponde formar su convicción, sopesando la totalidad de los medios probatorios llevados al proceso, con arreglo a las reglas de la sana crítica, para lo que la legislación procesal le confiere amplios poderes valorativos (artículos 97.2 LPL y 348 LEC). No puede pretenderse la modificación de los hechos probados mediante lo que la doctrina ha dado en llamar «la obstrucción negativa»; es decir, solicitando la supresión de un determinado hecho probado señalando que el mismo no está probado, o suficientemente probado. Esta mera alegación de prueba negativa -como se hace en el motivo- es inhábil a efectos revisorios, no pudiendo prevalecer frente a la valoración conjunta de la prueba realizada por el Juzgador (testifical, etc.).



TERCERO .- 1.- Fracasada la revisión fáctica, lo hará también la jurídica, pues se mantiene el marco diseñado en la Sentencia de Instancia del que se infiere la existencia de una sucesión de empresas. Esta cuestión ha sido objeto de múltiples pronunciamientos judiciales, que reiteraremos una vez más, siguiendo el criterio, entre otras, de las SSTSJ Galicia 04/06/15 R. 961/15 , 27/01/15 R. 828/13 , 13/06/14 R. 2931/12 , 08/05/14 R. 760/14 , 14/03/14 R. 2348/12 , 12/07/13 R. 1343/13 , etc.; que la adecuada garantía de estabilidad en el puesto de trabajo impone en nuestro ordenamiento jurídico un concepto objetivo de empresa, que pone el acento en la vinculación de los trabajadores no con la persona del empresario, sino con el complejo organizativo de medios humanos y materiales que la empresa representa como generadora de derechos y obligaciones laborales garantizadas por el artículo 44 ET , de tal manera que mientras subsista la empresa como tal el contrato de trabajo resulta inmune a los cambios de titularidad empresarial; y de ello es reflejo el citado artículo 44 ET , que prevé la continuidad de la relación laboral en los casos de novación subjetiva de la persona del empleador, abarcando con su amplia expresión «cambio de titularidad» cualquier tipo de transmisión, ya sea *inter vivos* o *mortis causa* , bien se acentúe la nota de la sucesión en el conjunto orgánico de bienes y derechos que constituyen la empresa, o bien por el contrario se haga hincapié en la sucesión de la actividad (SSTSJ Galicia 19/10/04 R. 3748/04 , 30/09/04 R. 1473/02 , 29/06/95 AS 2326 y 10/03/94 AS 903, siguiendo criterio expuesto por la STS 10/05/71), en el bien entendido de que la mayor parte de las situaciones contempladas judicialmente no integran supuestos en los que se transmita una empresa en funcionamiento, pues ello eliminaría todo litigio sobre la subrogación empresarial, sino que el desacuerdo surge precisamente -como observa la STSJ Asturias 15/12/95 AS 4597- cuando se trata de ocultar esa sucesión con el fin de evitar las consecuencias que entraña y se acude en el cambio de titularidad -añadimos- a mecanismos no transparentes.

Más exactamente, el referido artículo 44 ET constituye la transposición al derecho español de la Directiva 77/1987 de la CEE (actual 2001/23/ CE [12/Marzo]), aplicable -conforme al artículo 1- a los traspasos de empresas, centros de actividad o partes de centros de actividad, como consecuencia de cesión contractual y difusión; y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencias 65/1986, de 18/Marzo y Asunto *Spijkers* ; 54/1994, de 14/Abril y Asunto *Schmidt* ; y 83/1999 , de 02/Diciembre y Asunto *Allen y otros*) ha mantenido que el elemento decisivo para determinar la presencia de una sucesión de empresa se encuentra en el mantenimiento de la identidad de la entidad económica, que resulta de la continuación o reanudación, por parte del nuevo empresario, de las mismas o análogas actividades económicas, cuya concurrencia puede resultar de distintas circunstancias, como son la transmisión de elementos corporales o incorporales, la transferencia de actividad o la transferencia del personal o la parte esencial del personal (para todas, STJUE 25/01/01 Ar. 22).

2.- Ya en el ámbito de la Jurisprudencia española se ha mantenido unánimemente (así, SSTS 03/10/98 Ar. 7804 ; 15/04/99 -Sala General Ar. 4408 ; 25/02/02 Ar. 6325 ; 19/06/02 Ar. 7492 ; 12/12/02 Ar. 2003\1962 ; 11/03/03 Ar. 3353 ; 23/11/04 Ar. 2005/951) que el supuesto de hecho contemplado por el artículo 44 ET requiere la concurrencia de dos requisitos: (a) que haya tracto o transmisión de un titular a otro, por cualquier procedimiento, lo que permite incluir los supuestos en los que la transmisión no es directa entre el primitivo empresario y el sucesor, e incluso aquellos otros en los que se disimula con la finalidad de evitar que operen sus efectos legales, siendo lo realmente decisivo a tales efectos, como destaca la STSJ País Vasco 19/12/95 AS 4763, que haya continuidad en la actividad empresarial, y para ello cobra suma importancia comprobar el objeto de la actividad que desarrollan ambos empresarios, así como las circunstancias del lugar en que lo efectúan, los medios humanos y materiales con que lo hacen y el momento en que cada cual la lleva a cabo; y (b) que el objeto transmitido sea la empresa en su conjunto, alguno de sus centros de trabajo o, incluso, una de sus unidades productivas con capacidad para funcionar autónomamente. En palabras del TS, la sucesión de empresa requiere «la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales [...] que permite la continuidad de la actividad empresarial» (STS 27/10/86 Ar. 5902) y, por ello, no puede apreciarse la sucesión cuando lo que se transmite «no es la empresa en su totalidad ni un conjunto organizativo de ésta dotado de autonomía suficiente en el plano funcional o productivo, sino unos elementos patrimoniales aislados» (SSTS 04/06/87 Ar. 4127 ; y 15/04/99 -Sala General-).

En tal línea tenemos señalado precedentemente (así, SSTSJ Galicia citadas) que los amplios términos en que está redactado el artículo 44 ET determinan - SSTS 13/03/90 Ar. 2069 y 10/05/91 Ar. 3798- que los supuestos de transmisión de empresas en él previstos sean configurados, unas veces acentuando la sucesión en el conjunto orgánico de bienes y derechos que constituyen la empresa, y en otras ocasiones haciendo hincapié en la sucesión de la «actividad», por entender que el entramado sistemático y funcional que subyace a la actividad productiva de la empresa es el auténtico nervio de la misma. De todas formas y con carácter general podemos señalar que el Tribunal Supremo ha venido interpretando el artículo 44 ET -como su precedente artículo 79 LCT- presuponiendo la concurrencia de dos elementos: el subjetivo, representado por la transferencia directa del negocio o centro de trabajo autónomo por cualquier tipo de transmisión; y el objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad de la actividad empresarial, o lo que es lo mismo, que la Empresa se transmita como unidad, en sus factores



técnicos, organizativos y patrimoniales, realizada a través de cualquier figura jurídica y comprendiendo tanto la directa como la llevada a cabo con la interposición de un tercero, que incluso puede ser un Órgano de la Administración. Y precisamente por ello ha de excluirse la aplicación de los aludidos preceptos en los supuestos de transmisión de aislados elementos materiales o instrumentales, pero no del ente unitario que la Empresa representa (en este sentido, las SSTS 06/05/71 Ar. 2568 , 14/11/77 Ar. 4510 , 16/06/83 Ar. 3017 , 03/10/84 Ar. 5224 , 09/10/84 Ar. 5263 , 29/03/85 Ar. 1454 , 26/01/87 Ar. 292 , 11/05/87 Ar. 3664 y 12/09/88 Ar. 6875).

Pero en relación con la necesidad de transmitir elementos patrimoniales se ha introducido una modificación de criterios en relación con las empresas de servicios en aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [STS 27/10/04 -rcud 899/02 -]. En relación con ello, procede constatar que el indicado Tribunal comunitario ha señalado como elemento fundamental para determinar si existe o no sucesión empresarial el de que se haya transmitido una entidad económica organizada de forma estable, o sea, que se haya producido la transmisión de un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objeto propio y cómo la realidad de aquella transmisión garantista puede deducirse no solo de la transmisión de elementos patrimoniales sino del hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, que se haya transmitido o no la clientela o del grado de analogía entre las actividades ejercitadas antes y después de la transmisión [SSTJUE 65/1986, de 18/Marzo, Asunto *Spijkers* ; 99/1992, de 19/Mayo, Asunto *Stiiching* ; 309/1998, de 10/Diciembre, Asunto *Sánchez Hidalgo* ; 283/1999, de 02/Diciembre, Asunto *Allen* y otros; y 29/2002 , de 24/Enero, Asunto *Temco* , entre otras]. En definitiva, hoy lo importante y trascendental es que se haya producido aquella sustitución subjetiva de empresarios o entidades, lo que habrá que concretar en cada caso a partir de las particulares circunstancias concurrentes (STS 23/11/04 - rcud 6432/03 -).

Además, en aquellos sectores (limpieza, vigilancia y seguridad) en los que la actividad suele descansar fundamentalmente en la mano de obra, el conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera esa actividad común puede constituir una entidad económica que mantenga su identidad, cuando se produce la transmisión y el nuevo empresario no sólo continúa con la actividad de la que se trata, sino que también se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla del anterior; y viceversa, de tal modo que si la actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige de instalaciones o importantes elementos materiales, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número significativo de los empleados por el anterior, no se considera que haya sucesión de empresa si al tiempo no se transmiten aquellos elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad.

No puede olvidarse, tampoco, que la subrogación empresarial del artículo 44 ET no opera en los supuestos de transmisión de contratos o de concesiones salvo que se haya producido un traspaso de activos patrimoniales, o lo sancione la normativa convencional, o lo imponga el respectivo pliego de condiciones, porque en estos casos no hay sucesión de la concesión o de la contrata sino finalización de una y comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista o concesionario, aunque materialmente una y otra sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, de ahí que la no transferencia de elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación, implique una transmisión temporal en la actividad sin entrega del soporte patrimonial necesario para la realización de ésta, que hace inaplicable el artículo 44 ET (SSTS 05/04/93 -rcud 702/92 -, 29/04/98 -rcud 1696/97 -; 10/07/00 -rcud 923/99 -; 18/03/02 -rcud 1990/01 -; y 27/06/08 -rcud 4773/06 -); doctrina que, sin embargo, ha sido atenuada respecto de las contrataciones en las que se sucede la misma empresa en idéntica actividad y centro de trabajo (STS 18/06/08 -rcud 811/07 -), pues la transmisión no es en sí misma fraudulenta y la existencia o no de sucesión empresarial encuadrable en la Directiva 77/187 CEE del Consejo de 14/02/77, hoy 2011/23 CE del Consejo de 12/03/01 [Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad], con la consiguiente obligación de asumir la plantilla, dependerá de las distintas circunstancias que concurren en cada caso, tal y como se desprende de la jurisprudencia del TJCE (SSTS 27/10/04 -rcud 899/02 -; y 29/05/08 -rcud 3617/06 -).

3.- 1.- En concreto (para todas, SSTSJG 07/04/15 R. 85/15 y 04/03/15 R. 4493/14), «los distintos supuestos de subrogación empresarial, asumiendo la patronal entrante los derechos y obligaciones de la empresa saliente, se reconducen en la actualidad a los siguientes:

a) Sucesión legal regulada en el art. 44 del ET , no disponible por la autonomía colectiva, (STS de 9 febrero 2011), aplicable a los altos directivos (STS de 27 septiembre 2011), 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...

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 (SSTS 10 de diciembre de 1997 , 9 febrero y 31 marzo 1998 , 30 septiembre 1999 y 29 enero 2002), 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" (STS de 20 octubre 2004).

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 del TS referida a las empresas de *handling* , por todas STS 29 febrero 2000 , que constituye una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art. 1205 del Código Civil

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 de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo (asumir por ejemplo la empresa entrante dos trabajadores sobre un total de seis, STS de 25 enero 2006), como cualitativo (STSJ de Castilla-León de 31 octubre 2007), siempre que la actividad productiva descansa esencialmente en la mano de obra.

f) Sucesión de empresas en caso de concurso para lo que habrá de estarse a las especialidades de la Ley Concursal (LC), en concreto art. 100.2 y 149 de la misma». Encontrándonos ante el supuesto de la letra a) citada.

3.- Pues bien, en este asunto está clara la sucesión de ambas empresas, dados los indicios obrantes: el traslado de maquinaria de la primera empresa («El Gaucho») a la segunda («Pepe»); su misma actividad (pizzería); traslado de todo el personal de una a otra, tras el cierre de la primera por ingresar en prisión su propietaria; y que el recurrente fuese quien se encargase en uno y otro negocio de las contrataciones de personal. En fin, concurren indicios de transmisión de elementos materiales, clientela y servicio.

CUARTO .- Las costas del presente recurso han de ser impuestas a la parte vencida, incluyéndose en las mismas la cantidad de 601 euros en concepto de honorarios del Letrado de la parte impugnante (artículo 235 LJS).

En consecuencia,

FALLAMOS

Que con desestimación del recurso interpuesto por Don Eulogio , confirmamos la sentencia que con fecha 17/09/14 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Cinco de los de Vigo , a instancia de Don Jenaro y por la que se acogió la demanda formulada.

Asimismo condenamos a la parte recurrente a que por el concepto de honorarios satisfaga 601 € al Sr. Letrado de la parte recurrida. E igualmente acordamos, en su caso, la pérdida del depósito constituido y el destino legal para la consignación efectuada (aval presentado).

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 **** ++**).

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