



Roj: **STSJ GAL 134/2016 - ECLI:ES:TSJGAL:2016:134**

Id Cendoj: **15030340012016100028**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **28/01/2016**

Nº de Recurso: **560/2015**

Nº de Resolución: **518/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **RAQUEL MARIA NAVEIRO SANTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA SECRETARIA SRA. FREIRE CORZO - M**

-

PLAZA DE GALICIA

**Tfno:** 981184 845/959/939

**Fax:** 881881133 /981184853

**NIG:** 36057 44 4 2014 0002998

402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0000560 /2015**

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000593 /2014

Sobre: RECLAMACION CANTIDAD

**RECURRENTE/S D/ña** Pedro Francisco

**ABOGADO/A:** ROBERTO BLANCO CASTRO

PROCURADOR:

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:** VICUSGRAF SL

**ABOGADO/A:** JOSE ANTONIO MENENDEZ FERNANDEZ-KELLY

**PROCURADOR:** MARIA ALONSO LOIS

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**ILMO. SR. D. EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA**

**ILMA. SRA. D<sup>a</sup>. PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR**

**ILMA. SRA. D<sup>a</sup>. RAQUEL NAVEIRO SANTOS**

En A CORUÑA, a veintiocho de Enero de dos mil dieciséis.

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 NO MBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**



ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el RECURSO SUPPLICACION 0000560 /2015, formalizado por D. Pedro Francisco , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de VIGO en el procedimiento PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000593 /2014, seguidos a instancia de Pedro Francisco frente a VICUSGRAF SL, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. RAQUEL NAVEIRO SANTOS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D. Pedro Francisco presentó demanda contra VICUSGRAF SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia , de fecha cinco de Noviembre de dos mil catorce

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: PRIMERO.- El demandante Don Pedro Francisco ha prestado servicios para las empresas GRAFINSA y GRAYTO SL desde abril de 1991, con la categoría profesional de oficial de primera de impresión. SEGUNDO.- Las empresa GRAFINSA y GRAYTO SL fueron declaradas en situación de concurso de acreedores por medio de Auto del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Pontevedra con sede en Vigo de 5 de diciembre de 2012 . Por medio de Auto del mismo Juzgado de 9 de julio de 2013 se aprobó la liquidación del concurso. El 11 de octubre de 2013 se dictó Auto aprobando el plan de liquidación de ambas sociedades concursadas. TERCERO.- La relación laboral del demandante junto con la de los demás trabajadores de las dos empresas (99 trabajadores en total) fue extinguida por medio de Auto del Juzgado de lo Mercantil de 8 de noviembre de 2013, y con efectos de esa fecha. CUARTO.- La empresa VICUSGRAF SL Laboral se constituyó por 44 trabajadores de las empresas anteriores el 25 de septiembre de 2013, y tiene el mismo objeto mercantil que las concursadas. Por medio de escritura pública de 13 de noviembre de 2013 se adjudicaron a VICUSGRAF SLL los bienes de las concursadas por el importe de la deuda financiera (2.799.938'69 C). No se compró la nave ni el terreno donde las concursadas desarrollaban sus servicios, sino sólo la máquina, vendiendo el resto para pagos a la administración concursal, de manera que la actividad de la sociedad limitada laboral se desarrolla en Vigo, teniendo la sede las concursadas en Nos. QUINTO.- El Auto de 11 de octubre de 2013 de aprobación de la liquidación fue impugnado interesando que se declarara la sucesión de empresas a los efectos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores . Por medio de Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 30 de enero de 2014 se revocó la resolución de instancia declarando en la parte dispositiva considerar que existe sucesión de empresas a efectos laborales, con las dos especialidades que prevé el artículo 149.2 de la Ley Concursal en relación con el FOGASA y la posibilidad de suscribir acuerdos de modificación colectiva de las condiciones de trabajo. En el razonamiento jurídico tercero in fine se aclara que si en realidad estamos ante una sucesión o no de empresa desde el punto de vista laboral es una cuestión que desborda la competencia del orden mercantil y que incide directamente en los Juzgados y Tribunales de lo Social. SEXTO. - Reclama el demandante la cantidad de 27.540' 45 € en concepto de pagas extra, diferencias e indemnización por extinción, cantidad reconocida por el administrados concursal según certificados de deuda. El demandante ha interesado las prestaciones al Fondo de Garantía Salarial, sin haber obtenido aún resolución administrativa. SÉPTIMO.- Se interpuso papeleta ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Vigo".

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:" Que desestimando la demanda interpuesta por Don Pedro Francisco , debo absolver y absuelvo a la empresa VICUSGRAF SLL, de todos los pedimentos formulados en su contra".

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Pedro Francisco formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 02-02-2015.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 25-01-16 para los actos de votación y fallo.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO** .- La sentencia de instancia desestima la demanda presentada por D. Pedro Francisco contra la empresa VICUSGRAF S.L. al considerar que no ha existido sucesión empresarial. Frente a dicho



pronunciamiento se alza la parte actora y formula recurso de suplicación en el que solicita que se dicte nueva sentencia por la que revocando la dictada en la instancia se declare que existe sucesión empresarial a efectos laborales y por tanto, se dicte nuevo fallo recogiendo que la demandada VICUSGRAF ha de abonar al actor la cantidad de TRES MIL SETECIENTOS DIECIESETE EUROS CON SESENTA Y DOS CENTIMOS ( 3.717,62 €). El recurso ha sido impugnado de adverso por la empresa demandada quien solicita su desestimación y la íntegra confirmación de la sentencia de instancia.

**SEGUNDO** .- La recurrente, formula un primer motivo de recurso al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS y en el que solicita , como primera cuestión, que el hecho probado cuarto quede redactado con el siguiente contenido: " Por medio de escritura pública de 13 de noviembre de 2013 es adjudicaron a Vicusgraf S.L.L. los bienes de las concursadas adquiriéndose la nave y el terreno donde una de las concursadas desarrollaba sus servicios de manera que la actividad de la sociedad limitada laboral se desarrolla en Vigo en la sede que pertenecía a Grafinsa (una de las sedes de las concursadas).

Apoya la redacción en el documento n º5 de los aportados por la demandada.

Tal como señala reiterada jurisprudencia los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimiese o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias:

- a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;
- b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas
- c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;
- d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error, si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;
- e) que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

No se admite la modificación propuesta ya que se basa en el mismo documento al que hace referencia el Juzgador de instancia, sin que pueda prevalecer la interpretación de la parte sobre la judicial, máxime si tenemos en consideración que se apoya en un documento conformado por 120 hojas , sin determinar los folios concretos en los que apoya su redacción más que la mención al apartado 1 letra A Bienes Inmuebles ; efectivamente en dicho punto se recoge la descripción de una nave en Vigo, pero la recurrente obvia las importantes cargas a las que está sometida y que la adquisición se hace conforme a lo presentado y aprobado por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra por lo que realmente no podemos afirmar que lo único que adquirió y mantuvo en su poder la sociedad limitada laboral es una máquina y que el resto fue vendido para pagos. Pero es que además de la lectura del apartado 1 no se puede concluir que la nave descrita en la misma se corresponde con la que en la actualidad es el centro de trabajo de VICUSGRAF S.L.L.

Por lo tanto no se admite la modificación solicitada en lo que se refiere al relato de hechos probados.

En segundo lugar, y en lo que se refiere a lo que se refiere a la modificación del fundamento de derecho tercero de la sentencia, es evidente que el mismo no puede prosperar ya que tal parte de la sentencia ni constituye hecho relato fáctico puede considerarse que se recoja en la misma manifestaciones con el valor de hecho probado ; por lo tanto su contenido no puede ser modificado por la vía del apartado b) del art. 193 LRJS , sino que en su caso habrá de ser combatido por la vía del apartado c) del mismo cuerpo legal.

**TERCERO** .- Como segundo motivo del recurso, y con amparo en el art. 193 c) de la LRJS , la recurrente alega que la sentencia de instancia infringe normas sustantivas y de la jurisprudencia que concreta en los art. 44 del ET y art. 9.3 de la CE cuando en realidad está denunciado tres cuestiones, no todas ellas amparables en dichos preceptos.

En primer lugar se centra en la cuestión de la pluspetición a la que la sentencia dedica el fundamento de derecho segundo. Tal cuestión carece ya en el momento presente de objeto ; la sentencia de instancia alega la imposibilidad de determinar la cantidad exacta de la que ha de responder la empresa demandada por no haber recaído resolución administrativa firme del FOGASA en la que se concrete la cantidad que ha de asumir dicha Entidad Gestora ex art. 33 del Estatuto de los Trabajadores ; sin embargo la propia recurrente ha reducido en recurso la cuantía litigiosa que reclama por haber recibido ya el ingreso de FOGASA por lo que al minorar



su petición ya no existe pluspetición. En todo caso este motivo de recurso tampoco podría prosperar habida cuenta que la recurrente no alega de forma expresa, como le exige el art. 193 c) y el art. 196. 2 del a LRJS , la norma del ordenamiento jurídico infringida.

En el mismo motivo alega dos cuestiones más : la existencia de un auto firme de la Audiencia Provincial de Pontevedra en la que se declara que ha habido una sucesión de empresa a efectos laborales , con las dos especialidades que prevé el art. 149.2 de la Ley Concursal en relación con el FOGASA y la posibilidad de suscribir acuerdos de modificación colectiva de las condiciones de trabajo, y por otro lado que existe una sucesión de empresa al cumplirse los requisitos contemplados en el art 44 del ET , cuestiones que han de ser resueltas de forma separada en los siguientes fundamentos de derecho.

**CUARTO** .- En primer lugar, y lo que se refiere a la existencia de un pronunciamiento firme de la Audiencia Provincial de Pontevedra , la recurrente argumenta que ha de estarse al contenido del mismo y admitir que estamos ante una sucesión de empresa puesto que lo contrario implica desconocer el principio de seguridad jurídica contemplado en el art. 9.3 de la Constitución Española .

Para resolver tal cuestión hemos de partir de que el Tribunal Constitucional ha señalado, entre otras, en STC 34/2003 de 25 de febrero , que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron es incompatible con el principio de seguridad jurídica que, como exigencia objetiva del Ordenamiento se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9.3 CE - en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, añadiendo las STC 171/1991 , o la 207/1989 o la 190/1999 que la intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos , es , pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial tal como se consagra en el art. 24.1 de la CE de tal suerte que éste es también desconocido cuando aquella lo es. Pero tales manifestaciones necesariamente se refieren a lo resuelto en resolución judicial firme con eficacia de cosa juzgada, y no con eficacia prejudicial puesto que como señala el art. 42.2 de la LEC las decisiones de los tribunales civiles sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior ( asuntos atribuidos a los tribunales de los órdenes contencioso-administrativo y social) no surtirán efecto fuera del proceso en que se produzcan. Y en el caso de autos la declaración que realiza el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra sobre la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales tiene valor de prejudicial como expresamente reconoce el propio Auto cuando señala que "si en realidad estamos ante una sucesión o no de empresa desde el punto de vista laboral es una cuestión que desborda la competencia del orden mercantil y que incide directamente en los Juzgados y Tribunales de lo Social" . Tal manifestación de la AP de Pontevedra es acorde con lo resuelto por el Tribunal Supremo , Sala 4, sentencia 29 de octubre de 2014, rec. 1573/2013 en la que la que expresamente dicho Tribunal sostiene que con independencia de las circunstancias en las que se haya desarrollado una extinción colectiva de contratos de trabajo en el marco de un concurso de acreedores, así como la liquidación de los bienes de ésta , la cuestión de si se ha producido o no una sucesión empresarial del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores es competencia de la jurisdicción social.

Esto es, y en definitiva, que el hecho de que el Juzgado de lo Social n2 de Vigo haya resuelto , de forma discrepante a la Audiencia Provincial de Pontevedra, y diciendo que no existe sucesión de empresa a efectos laborales no implica una vulneración del art. 9 .3 de la CE .

**QUINTO** .- Nos resta por resolver si en el presente caso ha existido o no la sucesión de empresa que la sentencia desestima y la actora pretende con apoyo en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores alegando que la sociedad limitada laboral surgida tras la liquidación de las empresas GRAFINSA Y GRAYTO S.L. ha de suceder necesariamente a estas.

El examen de esta cuestión nos obliga a partir de la Directiva 2011/23/CE de 12 de marzo de 2011 sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, la cual parte del principio general de mantener la relaciones laborales, derechos y obligaciones de los trabajadores (art. 3 y 4 ) normas protectoras deben considerarse imperativas, en el sentido de que los Estados miembros no pueden establecer excepciones en perjuicio de los trabajadores a lo previsto en ellas (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Italia, C-561/07, EU:C:2009:363, apartado 46), sin perjuicio de las excepciones previstas por la propia Directiva

Dentro de estas excepciones se contempla la prevista en el art. 5 ,apartado 1 de la Directiva la cual dispone que los referidos artículos 3 y 4 no serán aplicables, en principio, a las transmisiones de empresa, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente. No obstante, y como ha señalado el propio TJUE, según se desprende del propio art. 5 en su



primera parte de la frase, los Estados miembros pueden optar por la aplicación de los artículos 3 y 4 a una transmisión de empresa en el marco de un procedimiento de insolvencia abierto respecto de un cedente y que se encuentre bajo la supervisión de una autoridad pública competente, y en el supuesto de así hacerse el Estado miembro puede, a su vez, y con arreglo al art. 5, apartado 2, letras a) y b) que las obligaciones del cedente derivadas de los contratos o de las relaciones laborales que puedan existir antes de la fecha de la transmisión o antes de la apertura del procedimiento de insolvencia no se transfieran al cesionario, siempre que dicho procedimiento asegure, en virtud de la legislación de ese Estado miembro, una protección como mínimo equivalente a la que garantiza la Directiva 80/987 y que, en la medida en que la normativa o la práctica en vigor lo permitan, puedan pactarse cambios en las condiciones contractuales de empleo, con la finalidad de mantener las oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la empresa.

La regla general es pues las garantías previstas en los art. 3 y 4 de la Directiva 2001/23/CE no son aplicables a las empresas en situación de quiebra o insolvencia que estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente. La excepción a la regla es que exista una disposición en contrario por parte del Estado Miembro en la que se establezca expresamente la aplicación de la normativa de la sucesión, y de ser así el Estado a su vez puede admitir que el régimen sucesorio de los art. 3 y 4 se apliquen en su totalidad o que se modalice limitando la responsabilidad del adquirente o pactando nuevas condiciones contractuales.

En este sentido ya se ha manifestado el TJUE pudiendo citar entre las resoluciones más recientes el Auto de 28 de enero de 2015 que se señala que dicha Directiva ha interpretarse en el sentido de que

- en el supuesto de que, en el marco de una transmisión de empresa, el cedente sea objeto de un procedimiento de insolvencia que esté bajo la supervisión de una autoridad pública competente y el Estado miembro de que se trate haya optado por hacer uso del artículo 5, apartado 2, de la mencionada Directiva, ésta no se opone a que dicho Estado miembro disponga o permita que las cargas que, en el momento de la transmisión o de la apertura del procedimiento de insolvencia, resulten para el cedente de contratos o relaciones laborales, incluidas las relativas al régimen legal de la seguridad social, no se transfieran al cesionario, siempre que dicho procedimiento garantice una protección de los trabajadores como mínimo equivalente a la establecida por la Directiva 80/987/CEE de 20 de noviembre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, si bien nada impide que dicho Estado miembro prevea que tales cargas deban ser soportadas por el cesionario aun en caso de insolvencia del cedente

- sin perjuicio de las disposiciones previstas en su artículo 3, apartado 4, letra b), dicha Directiva no establece obligaciones en cuanto a las cargas del cedente resultantes de contratos o relaciones laborales que ya se hubieran extinguido antes de la fecha de la transmisión, pero no se opone a que la normativa de los Estados miembros permita la transferencia de tales cargas al cesionario.

Nuestro Estado ha hecho uso de la facultad prevista en el art. 5.2 y ha optado porque operen las garantías de la sucesión pero modalizada en los términos contemplados en la Ley Concursal , y que en el momento en que se produce la adquisición por la adquisición por parte de VICUSGRAF (la anterior a la reforma por RD Ley 11/2014) se recogía en el artículo 149 . 2 de la Ley Concursal - a) que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores y b) que cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo) - precepto aplicable para el caso en que no se ha aprobado un plan de liquidación ,o cuando en el mismo nada se hubiera dispuesto al respecto ( en el caso de existir plan de liquidación aprobado ha de acudir al art. 148 LC ). Dicha normativa ha sido tildada de compleja , situación que el legislador ha tratado de resolver mediante la incorporación por RD ley 11/2014 del art. 146 bis de la Ley Concursal , y que por su ubicación parece aplicable a cualquier fase del concurso, que prevé en su apartado primero que " En caso de transmisión de unidades productivas, se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada " , añadiendo en sus apartados 3 y 4 que : " Lo dispuesto en los dos apartados anteriores no será aplicable a aquellas licencias, autorizaciones o contratos en los que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse. Ello sin perjuicio, a los efectos laborales, de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa" y que "La transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.2."

De la lectura de tales preceptos, puesto en relación con lo que hasta ahora hemos argumentado, se concluye a los efectos que ahora nos ocupa que no obstante el Juez del Concurso limite la responsabilidad del cesionario





en los términos del art. 149.2 de Ley Concursal ( que no se subroga en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores ) de concurrir los requisitos previstos en el art. 44 del ET el cesionario habrá de responder por la parte restante que es la ahora reclamada en la presente litis. Y que la jurisdicción competente para determinar si concurren esos requisitos es la laboral, sin que a tal efecto se vea vinculada por la decisión del Juez de lo Mercantil.

Por lo tanto hemos de acudir a la interpretación que la jurisdicción social mantiene del art. 44 del ET , la cual ha venido fundamentalmente marcada por la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, consciente de la importancia de esta figura en orden a garantizar derechos esenciales de los trabajadores en el caso de la transmisión de empresas. Partiendo de tal premisa el Tribunal Supremo en sentencias como la del 22 de junio de 1998 o la de 18 de enero de 2002 , señala que el supuesto de hecho de la sucesión empresarial está integrado por dos requisitos constitutivos. El primero de ellos es el cambio de titularidad de la empresa o al menos de elementos significativos del activo de la misma (un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma en la dicción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores ). El segundo requisito constitutivo del supuesto legal de sucesión de empresas, es que los elementos cedidos o transmitidos del activo de la empresa constituyan una unidad de producción susceptible de gestión o explotación separada. No basta la simple transmisión de bienes o elementos patrimoniales, sino que éstos han de constituir un soporte económico bastante para mantener la actividad empresarial procedente". En definitiva, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Cambio de titularidad empresarial, requisito subjetivo, sin el cual no hay sucesión, de tal forma que sólo la adquisición derivativa suscita el fenómeno sucesorio. b) Identidad de la empresa, de tal forma que la globalidad de elementos personales y materiales se mantenga tras la sucesión; es decir, es necesario la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad empresarial, es decir, la permanencia de ésta como unidad de sus factores técnicos, organizativos y patrimoniales, unidad socio-económica de producción que configura la identidad del objeto transmitido (Tribunal Supremo de 29-3- 1985 ); siendo además necesario que la unidad productiva que se trasmite constituya un conjunto de elementos productivos o patrimoniales, dotado de la suficiente autonomía funcional (Tribunal Supremo de 23-2-1994 ). c) Tracto directo, del antiguo al nuevo empresario, requisito éste exigible para la transmisión de empresa, aunque no lo sea de modo ineludible, pues la exigencia principal no es tanto el tracto directo (que normalmente ha de darse) como la continuidad de la actividad y en la prestación de los servicios, de tal forma que la jurisprudencia aprecia que existe transmisión de empresas cuando, a pesar de la apariencia de discontinuidad de explotación y de la nueva ubicación, existen suficientes indicios para apreciar la continuidad empresarial (trasvase de personal, parentesco entre titulares, transmisiones de elementos patrimoniales, etc. (Tribunal Supremo 16-1-1990), o en supuestos en los que el adquirente no ha reivindicado la misma actividad hasta transcurridos varios meses desde la venta de la sede de la sucedida, debido a reformas en el local, pendencia de actuaciones administrativas de apertura u otras de similar índole (Tribunal Superior de Cataluña de 18-5-1993 y Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 31-1-1995), criterios que permiten afirmar que el requisito del tracto sucesivo no pueda entenderse como exigencia ineludible de fenómeno jurídico de la sucesión empresarial, por cuanto, en ocasiones, el mismo puede faltar, sin que deje por ello, de producirse la sucesión de empresa (Tribunal Supremo de 19-6-1989). d) Voluntariedad de la transmisión, elemento normal dentro del fenómeno sucesorio, que en ciertos supuestos puede faltar (venta judicial, expropiación forzosa, extinción del arriendo de industria por desahucio, etc.).

Pues bien, en el caso de autos, y como señala el Juez a quo, no concurren los requisitos que la Jurisprudencia social exige para entender que nos encontramos ante una sucesión del art. 44 del ET , más concretamente para determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad tras el cambio de titular, siendo para ello uno de los elementos fundamentales a considerar si se ha continuado de forma efectiva la explotación o se ha reanudado la misma ( STJCU de 18-3-1986, caso Spijkers y de 11- 3-1997, caso Sützen , postura que también ha asumido nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de febrero de 2013 , o la de 27 de mayo también de 2013 ( rec. 825/2012 ) que indica que es necesaria la continuidad de la actividad para que la venta de una unidad productiva pueda ser considerada sucesión de empresa a efectos jurídico-laborales. Por tanto, ha de haberse producido la transmisión de un conjunto organizado de elementos materiales que sean suficientes, "por sí mismos", para "seguir" con la "explotación empresarial". Cuando no hay "continuidad" ni disponibilidad de la explotación empresarial, porque estaba interrumpida al tiempo de la toma de posesión del adquirente y además, los elementos materiales vendidos no bastaban por sí solos para desarrollar la actividad empresarial propia, no cabe entender que se haya producido una sucesión.

La continuidad en la actividad supone mantener una explotación empresarial "viva", que es lo que permitiría considerar la permanencia de su identidad. Así lo recoge la STS 5-3-2013 (Rec. 988/2012 ). No se produce esta circunstancia cuando se crea una nueva empresa a partir de las cenizas de una anterior, ya sin actividad.



En supuestos de empresas declaradas en situación de concurso, cuando han cesado en su actividad productiva al tiempo del nacimiento de las nuevas y los elementos productivos subsistentes no son suficientes para afirmar la continuidad de la actividad, no se produce sucesión. En este sentido se pronuncia la STS 25-2-2002 (Rec. 4293/2000) o la STS de 25 de septiembre de 2008 que señalan que la vigente doctrina de la Sala mantiene que el art. 44 ET exige que se transmita como tal una empresa o una unidad productiva en funcionamiento o susceptible de estarlo, y este supuesto no se produce cuando ya no existe una organización empresarial que reúna esas condiciones y cuando los contratos de trabajo se han extinguido. Además, la actuación de los trabajadores que, recurriendo a formas asociativas y través de la utilización de relaciones comerciales y de determinados elementos patrimoniales de la anterior empresa, que han obtenido de forma indirecta en el proceso de liquidación de ésta, tratan de lograr un empleo mediante el lanzamiento de un nuevo proyecto empresarial no es sólo una acción lícita, sino que merece la protección del ordenamiento laboral, y en estos casos -en los que se trata más de una «reconstrucción» que de una «transmisión» de la empresa - no se está en el supuesto del art. 44 ET, que es una norma con una finalidad de conservación del empleo y no puede convertirse en una fórmula rígida que impide la aplicación de soluciones para la creación de nuevos empleos que sustituyan los perdidos como consecuencia de la crisis de la anterior empresa, como por lo demás permite el art. 4 bis de la Directiva CE 77/187 CE [en la redacción de la Directiva CE 98/50] (SSTS 15/04/99 -rcud 734/98-, dictada en Sala General; 11/04/01 -rcud 1245/00-; 25/06/01 -rcud 1247/00-; 11/07/01 -rcud 2124/00-; y 25/02/02 -rcud 4293/00-).

Dicha doctrina lo que sostiene es que no se niega que las ventas en caso de situaciones de quiebra o concurso no puedan determinar una sucesión de empresa, sino que ha de estarse al caso concreto. Y en el caso que ahora nos ocupa entendemos, con el Juez a quo, que no se dan las circunstancias particulares que permita declarar dicha situación ya que no se transmite una unidad productiva en funcionamiento puesto que los contratos de los trabajadores de las empresas concursadas se extinguieron en fecha 8 de noviembre de 2013 y por lo tanto con anterioridad a la adquisición por parte de la demandada en fecha 13 de noviembre de 2013. Tal adquisición solo contempla la de una máquina, y no la nave ni el terreno por lo que no existe transferencia total de los medios de producción; y finalmente surge una nueva organización manejada por los trabajadores que nada tiene que ver con la anterior.

En base a todo lo argumentado no podemos concluir que la sentencia de instancia incurra en los reproches jurídicos que contra ella se dirigen lo que lleva a su confirmación previa desestimación del recurso interpuesto.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación formulado por el Letrado D. Roberto Blanco Castro, actuando en nombre y representación de D. Pedro Francisco, contra la sentencia de fecha cinco de noviembre de dos mil catorce dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Vigo, en autos 593/2014, seguidos a instancia de la parte recurrente, contra la empresa VICUSGRAF S.L.L. debemos confirmar la misma en su integridad.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

**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 37 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 37 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 37 \*\*\*\* ++).



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