



Roj: **STSJ GAL 1267/2016 - ECLI:ES:TSJGAL:2016:1267**

Id Cendoj: **15030340012016100869**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **26/02/2016**

Nº de Recurso: **5045/2015**

Nº de Resolución: **1310/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **ANTONIO JOSE GARCIA AMOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TSJ SALA DO SOCIAL A CORUÑA

-

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15030 44 4 2014 0005796

402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0005045 /2015 MRA

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001141 /2014

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Raimunda

ABOGADO/A: SANTIAGO MIGUEZ CARIDAD

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: FOGASA, Azucena , Josefina , Victoria , Jose Luis **ABOGADO/A:** FOGASA, ISABEL LOPEZ REY , MARIA JOSE ESTEVEZ SOUTO , OSCAR RAMON RODRIGUEZ INSUA , MARIA JOSE ESTEVEZ SOUTO

PROCURADOR: , , , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , , , ,

ILMO SR. D. ANTONIO J. GARCIA AMOR

ILMA SRª Dª BEATRIZ RAMA INSUA

ILMO SR D RICARDO RON LATAS

En A CORUÑA, a veintiséis de Febrero 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 0005045 /2015, formalizado por el/la D/Dª SANTIAGO MIGUEZ CARIDAD, en nombre y representación de Raimunda , contra la sentencia número 394/2015 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 5 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001141/2014, seguidos a instancia de Azucena frente a FOGASA, Raimunda , Josefina , Victoria , Jose Luis , siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª ANTONIO J. GARCIA AMOR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Azucena presentó demanda contra FOGASA, Raimunda , Azucena , Josefina , Victoria , Jose Luis , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 394 /2015, de fecha dieciséis de Junio de dos mil quince .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: .1º.- a) - La parte demandante prestó servicios para Raimunda desde el 6-11-2003, con categoría de ayudante de pastelera -hechos admitidos-, y correspondiéndole un salario mensual de 1.240,40 euros con prorrateo de pagas extraordinarias. b) .- La demandante ejercía funciones de ayudante de pastelera y de atención a la clientela, encargada de tienda, cobros de los pedidos realizando un horario diario de 7:30 h a las 14:30 h de lunes a sábado -testifical del Sr. Geronimo , Sr. Juan , declaración del Sr. Jose Luis y de la propia demandante-.c).- A principios de mes de junio de 2014 Dña. Raimunda apareció en la pastelería que gestionaba en Cee, Pastelería Glaceé, en la que prestaba sus servicios la actora, con una pareja identificada con D. Jose Luis y su mujer Dña. Josefina y le comunicó a la actora y a su compañero de trabajo que se "iban a hacer cargo de la empresa" y que "iban a estar por allí viendo cómo funcionaba el negocio para en su momento tomar las riendas de aquél" -hecho tercero de la demanda de despido, declaración de la Sra. Raimunda y de la demandante y del Sr. Manuel , compañero de trabajo de la demandante, y declaración del Sr. Jose Luis -.d) .- El 19-5-14 se firma un contrato de cesión de contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda por Dña. Raimunda , en condición de cedente, y D. Jose Luis y Dña. Josefina en condición de cesionarios. Además de la finca, se entregan una serie de aparatos y equipamientos que se describen en el propio contrato. Se da íntegramente por reproducido dicho contrato, aportado como doc. nº 4 por la codemandada Sra. Raimunda . A la firma de dicho contrato los cesionarios entregaron la cantidad de 3.000 euros a la Sra. Raimunda en concepto de señal o de adelanto - declaración del Sr. Jose Luis - e) .- El matrimonio formado por el Sr. Jose Luis y la Sra. Josefina estuvieron participando de la actividad de la empresa desde junio hasta el 3-8-14; el Sr. Jose Luis abonó en mano y en metálico sin entregar nómina alguna a los dos trabajadores sus nóminas de los meses junio y julio de 2014; La Sra. Raimunda seguía acudiendo al centro de trabajo e incluso dirigía órdenes a los trabajadores -testifical del Sr. Manuel , y declaración de la demandante y del Sr. Jose Luis -.f) En fecha de 4-8-14 los cesionarios remitieron a la Sra. Raimunda un escrito en el que le comunicaban "la voluntad de desistir" del contrato firmado en esa misma fecha, señalando que las "llaves quedarán a su disposición a partir del día 5 en CASA000 en Vimianzo, quedando "finalizada la relación contractual, quedando en poder de la cedente las cantidades satisfechas hasta la fecha". Se da enteramente por reproducido tal documento, que consta en actuaciones por haber sido aportado por la Sra. Raimunda y por el Sr. Jose Luis y esposa-. Dña. Raimunda contesta a dicho escrito con otro de fecha de 13-8-14 que se da enteramente por reproducido -se aporta en el ramo del Sr. Jose Luis y Sra. Josefina -.g).- Desde el 4-8-14 el Sr. Jose Luis y la Sra. Josefina no volvieron a aparecer por la pastelería Glaceé en Cee - testifical del Sr. Manuel y declaración de la actora-. h) .- Desde ese momento, la Sra. Raimunda dirigió por si sola el negocio de la pastelería. El 9-8-14 Raimunda requiere a la actora y a su compañero de trabajo para que el enseñen el local de negocio a una persona que se interesa en continuar con el negocio - declaración de la actora y del Sr. Manuel - a mediados de agosto de 2014 Raimunda cogió el dinero de la caja de la tienda por última vez, y desde entonces no volvió a recoger la caja que se realizaba con las ventas -declaración de la actora-. Raimunda era la que mandaba y daba órdenes a la actora y al Sr. Manuel -declaración de estos-. A mediados de agosto, antes de las fiestas, Raimunda contrató a un chico para que fuera a ayudar a la actora y al Sr. Manuel en la tienda por el aumento de clientela en el periodo de fiestas -declaración de la actora, y de la Sra. Luz - En septiembre de 2014 Raimunda acudió a diversos clientes a llevarles las facturas por servicios prestados durante el mes de agosto de 2014 - declaración del Sr. Manuel y Sra. Azucena -. La Sra. Raimunda concedió a los dos trabajadores que prestaban servicios en la Pastelería Glaceé de Cee un periodo de vacaciones desde el 24 al 30 de septiembre de 2014 -doc. 4 del ramo de prueba aportado por la actora-. La actora impugnó tal concesión de vacaciones, dando lugar al procedimiento nº 991/14 del Juzgado Social nº 4 de A Coruña que resolvió mediante sentencia de fecha de



10-11-14, habiéndose celebrado la vista el día 5-11-14. La decisión de conceder vacaciones en dicho periodo de tiempo fue declarada nula- doc. n° 5 aportado por la actora- i).- El 22-10-14 se le cortó el suministro eléctrico al centro de trabajo, quedando el cierre metálico a medio abrir, sin que fuera posible ni abrirlo de todo ni tampoco cerrarlo -hecho no discutido, fotografía acompañada por la actora, declaración de la actora y del Sr. Manuel -. El motivo del corte del suministro eléctrico fue la falta de pago de los recibos - hecho no controvertido-. La demandante y su compañero de trabajo, Sr. Manuel , siguieron acudiendo al puesto de trabajo a pesar de que no podía abrirse al público ni realizar actividad comercial alguna -declaración del Sr. Manuel , Sra. Mercedes , y de la demandante- j).- D. Jose Luis y Dña. Josefina interponen demanda de nulidad de contrato de cesión de arrendamiento el 20-10-14 -doc. aportada, demanda con sello de registro- k).- La Inspección de trabajo promueve acta de liquidación de diferencias salariales frente a Dña. Raimunda con responsabilidad solidaria de D. Jose Luis . La TGSS tramita el alta de oficio de la actora en relación con el Sr. Jose Luis con fecha real de 5-8-14 y con fecha de efectos de 26-8-14. El 27-8-14 se realiza una inspección del local de negocio por la Inspección de Trabajo y la Sra. Raimunda está presente - acta y declaración de la demandante y Sr. Manuel -. Se da por reproducido el oficio de Inspección de Trabajo de fecha de 22-10-14. Se da por reproducido el doc. 9.d aportado por la actora, en relación con el alta de oficio de la actora como trabajadora de la empresa Raimunda con fecha real de 27-8-14 y fecha de efectos de 20-11-14. Se da por reproducido el doc. n° 1 aportado por el Sr. Jose Luis y la Sra. Josefina , en el que estima el recurso de alzada interpuesto por el Sr. Jose Luis contra las resoluciones dictadas por la Administración de la Seguridad Social 15/06 de fecha de 14-10-14 y deja sin efecto las altas de fecha real de 5-8-14 (de efectos de 26-8-14) de Manuel y Azucena como trabajadores del mismo. Se da por reproducido el doc. 6.c aportado por la actora, auto de medidas cautelares dictado en el procedimiento 1082/2014 del Juzgado Social n° 1 de A Coruña, en el que se acordó como medida cautelar la exoneración de la actora de servicios con derecho a retribución y cotización. 1).- Desde el 31-10-14 la demandante y su compañero de trabajo dejan de acudir al centro de trabajo -hecho no discutido- 11).- La demandante se entera el 5-11-14 de que está dada de baja en la Seguridad Social. En esa fecha, acude a la vista del procedimiento n° 991/14 del Juzgado Social n° 4 de A Coruña en el que observa como la Sra. Raimunda , el Sr. Jose Luis y la Sra. Josefina niegan ser los empleadores de ella - hecho no discutido- m) .- En octubre y ya en noviembre de 2014 la Sra. Raimunda enseña el local comercial a terceros con el fin de arrendarles el negocio -hecho no discutido- n) .- Se dan por reproducidos los doc. n° 6 y 7 aportados por Dña. Raimunda . 20.- A la demandante no se le han pagado los salarios correspondientes a los meses de mayo, agosto, septiembre, octubre y cinco días del mes de noviembre de 2014. Se han reclamado en otro procedimiento judicial anterior a éste el pago de los salarios correspondientes a los meses de mayo y agosto de 2014 -hecho admitido por la actora-. Por las vacaciones no disfrutadas correspondientes al año 2014 se le adeudan a la demandante la suma de 1.291,16 euros. Se adeudan 1.287,40 euros por el mes de septiembre de 2014, así como 1.291,16 euros por el mes de octubre de 2014, y 203,90 euros por los 5 días del mes de noviembre de 2014. Se intentó conciliación ante el SMAC si bien terminó sin avenencia (acta de conciliación).

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: A). - ESTIMO las acciones, sobre RESOLUCIÓN DE CONTRATO y DESPIDO, formuladas por Dña. Azucena frente a Dña. Raimunda y, en consecuencia: 1°.- DECLARO, con fecha de la presente sentencia, la EXTINCIÓN del contrato de trabajo existente entre la trabajadora demandante y la demandada, por causas imputables a ésta, condenando a la demandada a abonarle la cantidad de 19.778,30 euros en concepto de indemnización. 2°.- DECLARO la improcedencia del despido de la parte demandante habido el 5-11-2014, condenando a Dña. Raimunda a satisfacer a la demandante:

los salarios de tramitación desde esa fecha hasta la fecha de la presente resolución a razón de 40,78 euros día. B).- ESTIMO parcialmente la acción, sobre RECLAMACION DE CANTIDAD, formulada por Dña. Azucena frente a Dña. Raimunda y, en consecuencia, condeno a ésta a abonar a la primera la suma de 4.073,62 euros por los salarios devengados y no satisfechos, así como el interés del art. 29.3 ET . C) .- DESESTIMO las acciones, sobre RESOLUCIÓN DE CONTRATO, RECLAMACIÓN DE CANTIDAD y DESPIDO, formuladas por Dña. Azucena frente a D. Jose Luis , Dña. Josefina y Dña. Victoria y, en consecuencia, les absuelvo de toda petición frente a ellos. D).- El FOGASA deberá de pasar por lo resuelto en la presente resolución. Inscribese la presente resolución en el Libro de Sentencias dejando testimonio de la misma en el presente procedimiento.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Raimunda 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 4-12-2015.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 26-2-2016 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 estimó las acciones de extinción contractual (apartado A), de despido que declaró improcedente (apartado B), y en parte la de reclamación de cantidad (apartado C) formuladas por D^a. Azucena frente a D^a Raimunda , D. Jose Luis , D^a. Josefina y D^a. Victoria ; condenó a la demandada citada en primer lugar y absolvió a los demás.

La sra. Raimunda interpone suplicación contra dicho pronunciamiento. A tal fin, solicita revisar los hechos probados y el derecho que aplicó, por entender que vulnera el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en relación con los artículos 1254 a 1258 , 1290 y siguientes, 1300 y siguientes del Código Civil , y el principio 'pro operario', así como las sentencias que cita, en cuanto procede absolverle de los puntos A) y B) de sentencia condenando, en su lugar, a los sres. Jose Luis y Josefina y dejar sin efecto el punto C o, subsidiariamente, condenarle solidariamente con los codemandados citados dejando sin efecto el punto C de sentencia.

La demandante sra. Azucena y los sres. Jose Luis y Josefina impugnan el recurso.

SEGUNDO.- Las pretensiones fácticas, relativas al HP 1º, son:

A] Añadir en el apartado d) o en el j), los siguientes términos: "A fecha 19 de noviembre de 2014 no consta la resolución del contrato de arrendamiento referenciado en el punto d - de fecha 19 de mayo de 2014 (hecho probado 1º d), suscrito entre mi mandante y los codemandados Jose Luis y Josefina en condición de cesionarios - ni por acuerdo entre las partes ni por ninguna resolución judicial declarando su nulidad o extinción o dejándolo sin efecto de ningún otro modo el contrato de arrendamiento"; se basa en los documentos 4 a 7 y 160 de su prueba, folios 445 7y siguientes, folio 657.

No se acepta, en cuanto implícita en el relato fáctico al afirmar simplemente que "D. Jose Luis y Dña. Josefina interponen demanda de nulidad de contrato de cesión de arrendamiento el 20-10-14.....".

B] En el apartado h): - Suprimir "Desde ese momento, la Sra. Raimunda dirigió por si sola el negocio de pastelería"; se basa en que predetermina el fallo.

- Añadir como último párrafo, "Las actuaciones efectuadas por la Sra. Raimunda desde el mes de agosto de 2014 lo fueron siguiendo las indicaciones en unas ocasiones del propietario del local, para conseguir arrendarlo, y en otras por solicitud de los propios trabajadores que no podían ni tan siquiera emitir facturas ni dejar el local para pasarlas a cobro, y los codemandados Jose Luis y Josefina alegaban no poder hacerlo por haber desistido del contrato de arrendamiento"; se basa en lo manifestado por las partes.

No se acepta: Primero, porque los términos cuya eliminación se sugiere no anticipan la decisión a adoptar sino que, objetivamente, relatan la actividad empresarial ejecutada por la actora recurrente; sobre el particular, concepto jurídico predeterminante del fallo son aquellas palabras o frases que por estar dentro del ámbito de la técnica jurídico-laboral son necesarios para su comprensión especiales conocimientos de derecho sin que tengan la consideración de tales las afirmaciones que, aún comprendiendo expresiones también utilizadas por la ley, no incorporan una noción jurídica sino un simple dato de hecho o de contenido meramente descriptivo (TS ss. 17-12-75 , 27-10-77), como ahora acontece. Segundo, porque la adición propuesta no se ampara en medio de prueba hábil e idóneo (documental, pericial) para lograr la modificación fáctica, como exigen los artículos 193.b) y 196.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

TERCERO.- Alegaciones de las partes impugnantes con base en el artículo 197.1 LRJS .

Dispone la citada norma: ".....En los escritos de impugnación,...podrán alegarse motivos de inadmisibilidad del recurso, así como eventuales rectificaciones de hecho o causas de oposición subsidiarias aunque no hubieran sido estimadas en la sentencia, con análogos requisitos a los indicados en el artículo anterior".

La jurisprudencia (TS s. 17-12-2013 /r. 5094-2013) indica que al amparo del citado artículo 197 LRJS únicamente se puede interesar la confirmación de la sentencia recurrida, pero en modo alguno es el cauce adecuado para la anulación o revocación total o parcial de dicho pronunciamiento de acuerdo con el tenor literal del precepto "pues de acuerdo con los arts. 202 y 203 LRJS -que regulan los efectos de la estimación del recurso-, se contempla única y exclusivamente el recurso y no su impugnación, por lo que nunca puede alcanzar a revocar la sentencia recurrida por la otra parte, conclusión que también ampara en el art. 211 LRJS , añadiendo que si se admitiera que la impugnación puede alcanzar a revocar la sentencia impugnada de contrario, cuando la parte recurrida no fuera trabajador, causahabiente suyo o beneficiario de la Seguridad Social, no tendría que dar cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 229 y 230 LRJS , con lo que se frustraría la finalidad perseguida por dichos preceptos de evitar recursos dilatorios y asegurar el cumplimiento de una eventual condena futura".



En el ámbito del recurso de casación, el Tribunal Supremo (s. 22-7-2015 /r. 130-2014) estima aplicables los principios señalados, al tiempo que reitera su ya declarada proyección al recurso de suplicación.

Aplicar ahora la doctrina expuesta lleva a desestimar las alegaciones de las partes impugnantes:

a] Las de la actora sra. Azucena , porque la incongruencia omisiva que atribuye a la decisión judicial de instancia no es causa de inadmisibilidad de la suplicación interpuesta por la sra. Raimunda , al tiempo que la inadecuada apreciación judicial de despido tácito, que basa en haber ejercitado previamente la acción de rescisión contractual, y la reclamación de cantidades diferentes a las reconocidas, debió hacerlas valer, atendiendo a su naturaleza y eventuales consecuencias, interponiendo recurso de suplicación, propio y autónomo, pues su acogimiento implicaría revocar la sentencia recurrida, en lugar de utilizar la vía impugnatoria frente a la suplicación articulada de contrario.

b] Las de los codemandados sres. Jose Luis y Josefina : De un lado, porque sugieren una auténtica revisión de hechos probados, que excede la simple rectificación de igual clase y, por tanto, ajena al trámite de impugnación; además su literalidad, por predeterminedar el fallo, impediría su estimación. De otra parte, porque con similitud a lo alegado por la co- impugnante, la compatibilidad/incompatibilidad de las acciones de rescisión de contrato y de despido que también invocan, lleva al criterio fijado en el apartado anterior.

c] En definitiva, de los escritos de impugnación únicamente es de considerar la real impugnación de la suplicación, pero no las razones de hecho y de derecho que, en su caso, debieron actuar vía recurso de suplicación interesando la revocación de la sentencia en lugar, como acontece, de aprovechar un cauce procesal (la impugnación) para una finalidad que no tiene.

CUARTO.- Resumen de hechos probados, antecedentes de la decisión a adoptar:

1/ D^a. Azucena trabajó para D^a. Raimunda desde el 6-11-2013, categoría ayudante de pastelería, horario 7'30 horas/14'30 horas de lunes a sábado, salario de 1.240'40 euros; ejercía funciones de encargada de tienda, atención a clientes y cobro de pedidos.

2/ El 19-5-2014, D^a. Raimunda (cedente), D. Jose Luis y D^a. Josefina (cesionarios) firmaron contrato de cesión de arrendamiento para uso distinto de vivienda, proporcionándoseles diversos aparatos y equipamientos, al tiempo que entregaron a la cedente 3.000 euros como señal o adelanto.

3/ En junio 2014, D^a. Raimunda se presentó en su negocio comunicando a D^a. Azucena y al otro trabajador sr. Manuel que sus acompañantes, D. Jose Luis y D^a. Josefina , se iban a hacer cargo de la pastelería y que iban a estar por allí viendo cómo funcionaba para tomar las riendas.

4/ Hasta el 3-8-2014 D. Jose Luis y D^a. Josefina participaron en la actividad desarrollada en el local; D. Jose Luis abonó a los dos trabajadores los meses de junio y julio sin mediar nóminas.

D^a. Raimunda siguió acudiendo al centro de trabajo y dirigió órdenes a D^a. Azucena y al sr. Manuel .

5/ El 4-8-2014 los cesionarios remitieron escrito a la cedente comunicándole su voluntad de desistir, quedando las llaves a su disposición a partir del día 5 en CASA000 , dando por finalizada la relación contractual y en poder de D. Raimunda las cantidades ya satisfechas.

Desde tal fecha D. Jose Luis y D^a. Josefina no volvieron a presentarse en el negocio.

El 13-8-2014 la cedente contesta por escrito a los cesionarios oponiéndose a la rescisión del contrato e instándoles a la entrega de las llaves en tal fecha, lo que supondría el fin de su relación, o le confirmen la continuidad de la misma.

Al no recoger D^a. Raimunda las llaves del local en el sitio indicado, D. Jose Luis y D^a. Josefina hicieron entrega notarial de las mismas.

6/ Desde el 4-8-2014, D^a. Raimunda dirigió la pastelería; el 9-8-2014 requirió a D^a. Azucena y al sr. Manuel para enseñar el local a un tercero interesado; días después recogió el dinero de la caja; impartió órdenes a los trabajadores; contrató a otra persona para ayudarles durante las fiestas locales por aumento de la clientela; en septiembre 2014 acudió a diversos clientes para entregarles facturas por los servicios de agosto 2014; concedió vacaciones a D^a. Azucena y al sr. Manuel en el período 24/30-9-2014; en octubre y noviembre 2014, enseñó el local a terceros con la finalidad de arrendarles el negocio; firmó la rescisión del contrato arrendamiento y renunció a favor del dueño del local al material existente en su interior.

7/ El 27-8-2014, la Inspección de Trabajo inspeccionó el local a presencia de D^a. Raimunda .

El servicio indicado elaboró actas de liquidación por diferencias salariales frente a D^a. Raimunda con responsabilidad solidaria de D. Jose Luis .



8/ La Tesorería General de la Seguridad Social tramitó alta de oficio de la demandante: En relación con D. Jose Luis con fecha real de 5-8-2014 y de efectos 26-8-2014, que fue anulada tras estimación del recurso de alzada. En relación con D^a. Raimunda , fecha real 27-8-2014 y de efectos 20-11-2014.

9/ El 20-10-2014, D. Jose Luis y D^a. Raimunda presentaron demanda de nulidad de contrato de cesión de arrendamiento.

10/ La falta de pago del suministro de luz impidió la apertura al público del centro de trabajo desde el 22-10-2014.

A partir del 31-10-2014, D^a Azucena y el sr. Manuel dejaron de acudir a la pastelería. La jurisdicción social acordó como medida cautelar exonerar a la demandante de la prestación de servicios con derecho a retribución y cotización.

El 5-11-2014 D^a. Azucena conoció haber sido dada de baja en la Seguridad Social.

11/ La demandante no ha percibido el salario de mayo y agosto (reclamados en otro procedimiento), septiembre (1.287'40 €), octubre (1.291'16 €) y cinco días de noviembre (203'90 €) de 2014 ni las vacaciones no disfrutadas de 2014 (1.291'16 €).

QUINTO.- La cuestión litigiosa consiste esencialmente en determinar a quién corresponde la condición de empresario de la trabajadora demandante y las consecuencias inherentes a haber ejercitado las acciones de rescisión contractual (por impago de salarios y por falta de ocupación efectiva) y de despido, acogidas en la instancia.

Los datos expuestos en el fundamento de derecho anterior determinan las siguientes consideraciones sobre la denuncia jurídica de suplicación:

1^a.- El arrendamiento de industria es el contrato por el cual su titular cede su explotación a otra persona, por precio cierto y tiempo determinado, estando formado el objeto de industria por un conjunto de bienes de toda índole: Inmuebles, como el local, muebles como mercaderías, maquinarias, bienes de equipo, y derechos como los de propiedad industrial o intelectual, además de situaciones de hecho como puede ser la organización, la clientela o el prestigio comercial, lo esencial para calificar un contrato de arrendamiento de industria, está en que la intención de las partes ha sido ceder un todo organizado, una unidad patrimonial, de la que forman parte el local, las instalaciones y la organización, siendo el objeto del arrendamiento de industria un complejo o universalidad de elementos materiales.

Tal tipo contractual fue el suscrito por la sra. Raimunda y los sres. Jose Luis y Josefina el 19-5-2014, pues aquélla no sólo alquiló a éstos el local de ubicación de la pastelería cuya actividad realizaba sino que, además, les suministró diversos aparatos y equipamientos idóneos con el mismo fin.

2^a.- Respecto de la sucesión de empresa, la jurisprudencia (TS s. 12-3-2015 /r. 1480-2014) dice: <<<.....la doctrina general sobre la subrogación en las relaciones de trabajo establecida en el artículo 44 ET se puede resumir distinguiendo de un lado los puntos que se refieren al hecho o acto de la transmisión de empresa y de otro lado los relativos al objeto de dicha transmisión. - En cuanto al objeto de la transmisión en los supuestos de sucesión de empresa, deben destacarse aquí los siguientes puntos de nuestra doctrina jurisprudencial: 1) el objeto de la transmisión ha de ser "un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio"; 2) dicho objeto "no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial" reduciéndose "en determinados sectores económicos como los de limpieza y vigilancia" "a su mínima expresión", en tanto en cuanto "la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra"; 3) de lo anterior se desprende que "un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica [objeto de la transmisión determinante de la sucesión de empresa] cuando no existen otros factores de producción"; 4) por el contrario, no se considera que hay sucesión de empresa "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 y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior"; 5) el mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida "continúe efectivamente" o que luego "se reanude". - En cuanto a los hechos o actos de transmisión los puntos doctrinales a destacar para la decisión del caso son los siguientes: 6) La expresión del artículo 44.1 ET "transmisión de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva" es equivalente a la expresión del artículo 1 a) de la Directiva comunitaria vigente "traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad"; 7) el acto o hecho de "transmisión de un conjunto de medios organizados" no requiere necesariamente que haya transmisión de elementos patrimoniales del cedente al cesionario; 8) tampoco es imprescindible que exista en la transmisión de empresas o unidades productivas una vinculación contractual directa entre cedente



y cesionario, vinculación o tracto directo que tiene un mero valor indiciario de la existencia de sucesión de empresa; 9) puede producirse, por tanto, la cesión o transmisión de empresas o unidades productivas a través o por mediación de un tercero propietario, arrendador, o dueño de la obra. - Dos puntos doctrinales más de carácter general conviene reseñar de la jurisprudencia en la materia, que se desprenden en realidad de los anteriores, pero que no está de más resaltar para la solución del caso controvertido o de otros semejantes: 10) para determinar en un supuesto concreto si se reúnen los requisitos necesarios para las transmisión de una empresa o unidad productiva "han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate", entre ellos "el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate", "el que se hayan transmitido o no elementos materiales como edificios o 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", "el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión" y "la duración de una eventual suspensión de dichas actividades"; 11) la obligación de subrogación en las relaciones de trabajo ("sucesión de empresa") generada en los supuestos normativos reseñados de la normativa comunitaria y del artículo 44 ET opera por imperativo de la ley (ope legis), sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes del contrato de trabajo>>>.

En virtud del contrato de 19-5-2014, los sres. Jose Luis y Josefina asumieron las obligaciones laborales que con anterioridad habían correspondido a la sra. Raimunda , como resulta de la participación de aquéllos en la actividad empresarial y, especialmente, del abono de dos meses de salario, sin perjuicio de que la cedente hubiera impartido órdenes a los trabajadores de la pastelería porque dicha circunstancia es compatible con la intención de los cesionarios de hacerse cargo del negocio y comprobar inicialmente su funcionamiento ordinario.

3ª.- Tradicionalmente (TS s. 16-5-90 RJ 1990/434), el artículo 44 ET abarca los supuestos de reversión del arriendo en caso de arredramiento de industria cuando, recuperada la industria, el arrendador dispone el cese del ejercicio de la actividad empresarial, porque esto provoca de hecho la desaparición de la empresa, lo que no puede efectuar sin respetar los mecanismos establecidos en el ordenamiento laboral para tales situaciones ni asumir ante los empleados las responsabilidades dimanantes del cierre.

En estos casos, la subrogación no está condicionada porque el titular decida continuar la actividad, lo que puede depender única y exclusivamente de su voluntad, sino que tenga la posibilidad de hacerlo; en otro caso, se abriría una puerta al fraude, al permitir a quienes utilizan esta forma de gestión indirecta de servicios el poder desprenderse en cualquier momento de la plantilla sin costo alguno, recuperando los bienes que constituyen el sustrato objetivo de la empresa, en contra el fin perseguido por el artículo 44 ET , que estriba en garantizar la estabilidad en el empleo y asegurar de este modo los derechos de los trabajadores (TS s. 5-2-91 RJ 1991/800).

En el supuesto actual, constatamos la reversión del negocio desde los codemandados cesionarios a la demandada cedente; así deriva: **a]** De la respuesta de ésta el 13-8-2014 al desistimiento que aquéllos le habían comunicado el 4-8-2014, y que la sra. Raimunda consintió previa entrega de las llaves del local, ya efectuado por los sres. Jose Luis y Josefina , y que, con posterioridad, depositaron notarialmente ante la pasividad de la cedente para hacerse cargo de las mismas; todo ello atenúa notoriamente la relevancia que la sra. Raimunda otorga a la presentación posterior (el 20-10-2014) de la demanda de nulidad del contrato de cesión presentada por los sres. Jose Luis y Josefina . **b]** Los actos, propios y concluyentes de cualquier empresario descritos en nuestro FJ 4º.6/, que la cedente ejecutó desde el citado 4-8-2014. **c]** La recuperación del equipamiento industrial por la sra. Raimunda que había facilitado a los cesionarios, como pone de manifiesto su renuncia a favor del dueño del local del material existente en su interior cuando rescindieron el contrato arrendamiento. **d]** La anulación del alta de oficio de la trabajadora demandante a cargo del sr. Jose Luis que, por sí misma, deja en entredicho las actas de liquidación del servicio inspector por diferencias salariales en favor de aquélla frente a la cedente con responsabilidad solidaria del cesionario.

Lo consignado da respuesta a que la sucesión en una actividad empresarial, salvo casos excepcionales, exige la trasmisión entre ambos empresarios de elementos significativos del activo material o inmaterial, lo que implica la continuidad de los contratos de trabajo y la subrogación en los derechos y obligaciones del empresario, cuando le suceda otro en la explotación de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma (TS s. 5-4-2005), de igual modo que en los supuestos de reversión, si se asume la gestión del servicio, no se pueda eludir el efecto subrogatorio que se impone en el artículo 44 ET .

La proyección de la doctrina expuesta al caso que enjuicamos nos lleva a concluir en la existencia de sucesión empresarial por reversión, porque tanto en 19-5 como en 8-4-2014 existió voluntad y aceptación por cedente y cesionarios de transmitir la actividad, lo que es bastante para considerar aplicable el citado artículo 44 ET , pues no sólo se produjo la extinción del arrendamiento de industria y la reversión a favor de la sra. Raimunda , sino que también los sres. Jose Luis y Josefina aceptaron el material que la cedente les había facilitado para



el desarrollo de la actividad empresarial, equipamiento que tras desistir éstos de la cesión de arrendamiento fue asumido por la cedente, anterior empresaria, sin constar desperfectos en el instrumental transferido ni en el centro de trabajo.

En definitiva, los principios que informan la sucesión de empresas trasladados al caso presente, revelan con claridad que lo transmitido a la sra. Raimunda , primera arrendataria del bajo comercial, no fue la simple reversión del local ni un conjunto desorganizado de elementos carentes de entidad propia, lo que hace aplicable el artículo 44 ET y sus garantías al trabajador, sino una empresa en marcha, en condiciones de explotación como conjunto de elementos no desorganizados sino dirigidos a la misma actividad productiva, tal como la cedente demandada asumió y llevó a la práctica de modo efectivo.

SEXTO.- Los apartados 10/ y 117 de nuestro FJ 4º, son evidente demostración de la improcedencia del despido tácito y de la extinción contractual por falta de pago del salario pactado, decididas en la instancia al amparo del artículo 32 LRJS , aunque no son objeto de específico debate en el presente trámite, pero teniendo en cuenta la jurisprudencia en la materia, cuando afirma: **a)** El concepto de despido tácito se proyecta a la intención extintiva del empresario, no manifestada verbal ni formalmente (art. 55.1 ET), de modo que el trabajador no tiene suficiente conocimiento de ella, y su apreciación ha de efectuarse a partir de hechos concluyentes de los que pueda establecerse aquella voluntad de extinción (TS s. 1-6-2004), es decir, una conducta empresarial obstaculizadora del cumplimiento propio de las obligaciones inherentes a la cualidad profesional del trabajador, de lo que es demostración el impago del salario y la negativa a facilitar los medios materiales para ejercer la prestación de servicios que, tradicionalmente, se califica como ruptura de los elementos integrantes del contrato laboral, determinante de despido siquiera no lo haya sido de manera expresa y por escrito (TS s. 7-5-87 , 15-12-2010). Igualmente, señala que para poder apreciar esta modalidad de despido -en contraposición al expreso, documentado o no- es necesario que la decisión extintiva empresarial se derive de hechos concluyentes reveladores de la intención inequívoca de la empresa de poner fin a la relación jurídico-laboral, tratándose en definitiva de situar claramente en el tiempo la decisión resolutoria de la empresa y, en su caso, la inactividad impugnatoria del trabajador, a fin de evitar situaciones de inseguridad jurídica (TS s. 5-5-88), es decir, para que exista despido tácito es necesario que concurren hechos o conducta concluyente reveladores de una intención de la empresa de resolver el contrato (TS s. 3-10-90). **b)** la jurisprudencia (TS ss. 10-6-2009 , 9-12-2010) afirma que el requisito de la gravedad del comportamiento es el que modela en cada caso la concurrencia del incumplimiento empresarial y que la culpabilidad no solamente no es requisito para generarlo, sino que incluso es indiferente que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica de la empresa (TS ss. 28-9-98 , 25-1-99 , 22-12-2008), de ahí que para que prospere la causa resolutoria basada en la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado, sea necesario - exclusivamente- la concurrencia del requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial y, a los efectos de determinar tal gravedad, debe valorarse tan sólo si el retraso o impago es grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario (arts. 4.2.f y 29.1 ET), partiendo de un criterio objetivo (independiente de la culpabilidad de la empresa), temporal (continuado en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado), por lo que concurre tal gravedad cuando el impago de los salarios no es un mero retraso esporádico sino un comportamiento persistente, de manera que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos. El Tribunal Supremo (s. 25-9-95) también afirma que determinar esa gravedad es extraordinariamente casuístico; así, la aprecia si los retrasos en el abono del salario pactado superan el año de duración (TS s. 24-3-92) y no la estima si es de un mes (TS s. 21-6-86), de dos mensualidades (TS s. 16-6-87) o de tres meses y de una paga extraordinaria (TS s. 25-9-95).

SÉPTIMO.- El artículo 235.1 LRJS no permite la imposición de costas solicitada por la demandada recurrente, pero sí autoriza a condenarle, por desestimación de su recurso y por no ser titular del beneficio de justicia gratuita, al pago de los honorarios de letrada de la demandante impugnante de la suplicación en cuantía de seiscientos cincuenta euros (650 €).

Por todo ello,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^a. Raimunda contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de A Coruña, de 16 de junio de 2015 en autos nº 1141/2014, que confirmamos.

Desestimamos las alegaciones efectuadas por los demandados al impugnar el recurso de suplicación.

Condenamos a la demandada recurrente a abonar los honorarios de letrada de la demandante impugnante de la suplicación en cuantía de seiscientos cincuenta euros (650 €).



Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

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 **** ++**).

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 le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.