

BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS (Sede en Santa Cruz de Tenerife)**

Sentencia 196/2014, de 9 de abril de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 31/2013

SUMARIO:

Procedimiento de oficio. Sucesión de empresas. Prestaciones por desempleo. Fraude de ley. Trabajadores que tras acordar un despido colectivo de la totalidad de la plantilla solicitan la prestación por desempleo en la modalidad de pago único, pasando a crear una nueva sociedad para la realización de la misma actividad. Fraude de ley. Nulidad del acuerdo. La finalidad del despido colectivo no fue otra que obtener las prestaciones por desempleo en pago único para financiar la nueva sociedad y pagar así los salarios adeudados y las indemnizaciones, existiendo una sucesión empresarial.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 44.
Código Civil, art 6.4.

PONENTE:

Doña María del Carmen Sánchez-Parodi Pascua.

Magistrados:

Don ANTONIO DORESTE ARMAS
Don EDUARDO JESUS RAMOS REAL
Don MARIA DEL CARMEN SANCHEZ-PARODI PASCUA

Ilmos. /as Sres. /as

Presidente

D./D^a. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ PARODI PASCUA (Ponente)

Magistrados

D./D^a. ANTONIO DORESTE ARMAS

D./D^a. EDUARDO JESÚS RAMOS REAL

En Santa Cruz de Tenerife, a 9 de Abril 2014.

han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente:

SENTENCIA

En los autos de juicio 31/2013, seguidos ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias iniciados por la CONSEJERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y COMERCIO,

de una parte:

La CONSEJERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y COMERCIO representada por el letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, el letrado D. Francisco Perez Crespo

-D. Jeronimo, DNI NUM000, asistido por el graduado social D.Efraín Perez Reyes (num.colegiado114).

- Nazario, Rodolfo, representados por el letrado D. Jose Francisco Rodriguez Pérez.

- Andrea, Jose Pedro, Jesús Ángel, Agapito, Debora, Benito, Cornelio, Gracia, Modesta, Rosario, Marí Jose, Gonzalo, Jon, Mauricio, Raúl, Teodulfo, Adriano, representados por el letrado D. Ignacio Cestau Benito.

- Dolores, Gabriela, Edemiro, Felix, Montserrat, representados por la letrada D^a Olivia Concepción Hernández.

- Leandro, Octavio, Samuel, Jose Ramón, Adelaida, Pedro Francisco, Apolonio, Cayetano, Elena, Ezequias, Herminio Lázaro, Ovidio, Segundo, estos ultimos, miembros del comité de empresa por el sindicato USO, representados por la Letrada D^a Raquel Plasencia Mendoza.

- María, Raimunda, Jesús Luis, comparecen sin letrado, al igual que Alonso .

De otra:

-Por el COMITE DE EMPRESA DE PANIFICADORA DE TENERIFE, comparece la Letrada D^a M^a Candelaria García Morales, aportando poder representando a Carmelo, presidente, Enrique, Gabriel, Carina y Matías, secretario del Comité, todos ellos por el sindicato CCOO.

-La empresa PANIFICADORA DE TENERIFE S.A., representada por el Administrador Unico D. Rubén, asistido por el Letrado D. Luis Ortego Castañeda, por compañero del letrado D. Carlos Cameno.

- Juan Antonio, DNI NUM001,

- Rubén, DNI NUM002, aporta poder como administrador único de la empresa PANIFICADORA DE TENERIFE S.A.

- PANIFICADORA CANARIA PAYBO S.L.L representada por. D. Juan Antonio, con poder que exhibe y retira y asistido por la letrada D^a Barbara Fernández Campuzano.

No comparecen: Claudio, Victoria, Montserrat, Carina, Coro, Teodosio, Pablo Jesús, Baltasar, Otilia, Susana, Adelina, Erasmo, Héctor, Modesto Valeriano, Luis Miguel, Basilio David, Feliciano y Isidoro, manifestando el secretario del comité de empresa que todos ellos tienen conocimiento del juicio y le consta. D. Paulino, ha comparecido pero manifiesta que no se persona en el procedimiento al igual que Simón .

Es Ponente, la Ilma. Sra. Dña. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ PARODI PASCUA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Por reparto del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, se recibió demanda sobre Procedimiento de oficio colectivo que fue registrada dictándose decreto con fecha por 7/01/2014, el que se admitió a trámite convocando a las partes a juicio para el día 12/03/2014, a las 10,00 horas, donde ambas partes formularon alegaciones, pruebas y conclusiones con el resultado que consta en acta, elevando a definitivos y quedando los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.

Los hechos probados se han extraído de los diferentes documentos a los que se ha hecho referencia en cada uno de ellos y que obran tanto en el expediente administrativo en los folios reseñados como en la prueba documental obrante en los diversos ramos de prueba y a los que igualmente nos hemos referido en cada uno de ellos.

Segundo.

Por las representaciones de la empresa Panificadora Canaria Paybo S.L.L., D. Rubén y D. Juan Antonio se ha deducido la excepción de falta de legitimación pasiva por lo que será necesario proceder al estudio de la misma en primer lugar.

Igualmente la representación de la empresa Panificadora de Tenerife Paybo S.L.L, indica que dicha empresa no está legitimada pasivamente por no existir sucesión de empresas.

Como tiene dicho esta Sala:

A) La legitimación es un término equívoco, que se presta a confusión por su carácter polivalente. Según la doctrina, la capacidad procesal es una cualidad estrictamente personal, que se determina independientemente del objeto del proceso, pero con esta cualidad no basta para que pueda constituirse válidamente la relación jurídico-procesal, pues se requiere además que entre la parte y el objeto deducido en juicio exista una relación tal que en virtud de aquella aparezca como la persona que puede pedir o frente a la que se puede pedir el acto de tutela. La legitimación, entendida en su sentido preciso es pues la facultad de conducir un proceso como parte activa o pasiva.

Confirma exponiendo la doctrina que el concepto de legitimación alude a la especial condición o vinculación de uno o varios sujetos con un objeto litigioso determinado, que les habilita para comparecer (legitimación activa) o exige su comparecencia (legitimación pasiva), individualmente o junto con otros, en un proceso concreto con el fin de obtener una sentencia de fondo.

Señala el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que serán consideradas partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Ello quiere decir que las partes de la relación material normalmente serán también las partes legítimas del proceso. Pero con carácter general la legitimación del sujeto (la condición de parte material) solo puede determinarse con certeza al final del proceso en la sentencia definitiva, por lo cual, la válida actuación procesal de un sujeto viene determinada solamente por los presupuestos de capacidad para ser parte y capacidad procesal, de forma que todo aquél que tenga éstas puede comparecer en juicio, aunque carezca de legitimación, siempre que dicha legitimación resulte afirmada.

Por ello, la Sala Civil del Tribunal Supremo ha establecido una doctrina sobre legitimación en la que viene a distinguir entre "legitimatío ad procesum" que es la capacidad para realizar actos con eficacia procesal, es decir, lo que hoy se entiende como capacidad procesal, que es un presupuesto procesal, y "legitimatío ad causam" o legitimación para obrar, que indica la atribución subjetiva, activa o pasiva del derecho, expuesta entre otras en las sentencias de de 18 de mayo de 1962 y 20 de diciembre de 1989 .

En la segunda de dichas resoluciones viene a mantener que:

"Debiéndose distinguir, como establece la teoría científica, la 'legitimatío ad processum' de la 'legitimatío ad causam', según la terminología forense, aquélla, como capacidad que es necesario poseer para ser sujeto de una relación procesal y poderla realizar con eficacia jurídica, sin la cual no se puede entrar en el conocimiento de la cuestión de fondo; mientras que ésta aparece en función de la pretensión formulada, requiriendo una aptitud específica determinada, mediante la justificación necesaria para intervenir en una litis especial y concreta, por obra de una relación en que las partes se encuentran respecto a la cosa que es objeto del litigio; aquéllas, denominaciones de contenido más expresivo, según los tratadistas procesales, que el conocido desde antiguo, como falta de personalidad y falta de acción, que la doctrina jurisprudencial admitía ya desde la sentencia de 22 de septiembre de 1860, en que así se declara, fecha desde la cual se viene diferenciando una y otra, no pueden ni deben ser confundidas, tanto por ser cosas distintas, como por los efectos diversos que de ellas se derivan, ya que la primera hace relación a la forma, se ha de fundar en la falta de las condiciones y requisitos que para comparecer en juicio se expresan en el número 2.º del art. 533 de la LEC (de 1881), mientras que la segunda, 'sine actione legis', se basa en la falta de acción, de razón y de derecho que asiste al que litiga, falta que, por afectar al fondo del asunto, a la esencia de la pretensión que se reclama, sustancia el pleito".

A modo de conclusión y siguiendo a la doctrina, diremos que el estudio de la legitimación agota normalmente su virtualidad en el plano teórico y, en la mayoría de los casos carece de trascendencia alguna, por lo que podría sostenerse que se trata de un concepto superfluo, que en la práctica a nada conduce, pues la sentencia que aprecia la falta de legitimación impide el planteamiento ulterior de la misma pretensión entre los mismos sujetos, operando así en idéntico plano y con los mismos efectos de la resolución que se pronuncie sobre la cuestión de fondo.

B) En el resente caso, la demanda se interpone por la Autoridad Laboral contra la empresa Panificadora de Tenerife S.A. y la Comisión Negociadora a fin de que se declare la nulidad del Acuerdo alcanzado entre los

mismos en el Expediente de Regulación de Empleo que presentara la primera y ello por poder existir un fraude de ley, al considerar que la finalidad del despido colectivo no es otra que obtener las prestaciones por desempleo en pago único solicitadas por los trabajadores para capitalizar la nueva Sociedad limitada laboral que se crea, existiendo, a juicio de la actora, una clara sucesión empresarial.

Planteado así el fondo por la parte demandante, era evidente, que si bien la Autoridad laboral fijó los términos de la relación jurídico procesal en la que sólo interesó la presencia de aquellos que firmaron el Acuerdo, cuya nulidad se solicita,

sin embargo, en aras de la existencia de una garantía jurídica respecto del Sr. Rubén, Sr. Juan Antonio y representación de la nueva Sociedad limitada laboral, fue preciso traerlos al procedimiento a fin de ser oídos y que sus derechos no se vieran vulnerados, y ello, como interesados al haber participado en el Expediente de Regulación de Empleo y en el proyecto de la nueva empresa, si bien, es obvio, que no puede existir condena alguna respecto a ellos pues, como se dijo, la relación jurídica procesal la delimitó la parte actora con la pretensión deducida. Es por ello que aplicando la doctrina expuesta, se tenían que traer a la litis para ser oídos, por lo que la excepción deducida ha de ser desestimada.

Lo mismo ha de indicarse con respecto a la falta de legitimación pasiva de la empresa Panificadora de Tenerife Paybo S.L.L por cuanto que la misma ha de ser traída al procedimiento a fin de ser oída sin perjuicio que, atendiendo al petitum de la demanda, no pueda ser condenada.

Tercero.

Se plantea en el presente procedimiento el tema relativo a que el Acuerdo llevado a cabo entre la empresa Panificadora de Tenerife S.A. y los trabajadores realizado el día 5 de noviembre de 2013 es nulo.

La Dirección General de Trabajo expone en su demanda que dicho Acuerdo alcanzado entre las partes, está hecho en fraude de ley puesto que el objetivo no era el despido colectivo acordado sino el fin fue crear otra empresa, Panificadora Canaria Paybo S.L.L. capitalizada con el pago único de las prestaciones por desempleo que obtuvieran los trabajadores despedidos, lo que ello supone, dice, ir en contra del propio ordenamiento jurídico, en tanto en cuanto la primera de las empresas ha continuado con su actividad de forma ininterrumpida, con los mismos medios, instrumentos, clientela, así como con gran parte de la plantilla, por lo que manifiesta que ha existido una verdadera sucesión empresarial.

Cuarto.

Por otro lado, las partes que se adhirieron a la pretensión de la parte actora expusieron lo mismo en el sentido de que es manifiesta la sucesión empresarial y que ha continuado la actividad de la primera empresa, habiéndose producido una transmisión en todos los sentidos.

De ello, discrepa tanto la representación de la empresa Panificadora de Tenerife S.A., como la representación de Panificadora Canaria Paybo S.L.L., al entender que hubo una total transparencia en las negociaciones y que los trabajadores aceptaron plenamente la constitución de Panificadora Paybo S.L.L., así como que con sus prestaciones de desempleo en pago único capitalizarían la empresa, debiendo darse plena validez al referido Acuerdo por el que mutuamente las partes establecieron la extinción de la totalidad de la plantilla. Comparten ambas partes que no existe sucesión empresarial y que los despidos acaecieron el 20 de noviembre, no poniéndose en marcha la segunda empresa hasta el 22 de noviembre, indicando que ha existido la interrupción de un día y que por lo tanto, al haberse producido este lapsus de un día, no puede hablarse de sucesión conforme, indican, algunas resoluciones del Tribunal Supremo y de esta Sala.

Por su parte, la Comisión Negociadora también se opone a la pretensión de la Autoridad Laboral.

Quinto.

El Art. 44 del E.T . preceptua: "1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente .

2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoría .

3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos intervivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas .

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.

4. Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.

Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

5. Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad.

6. El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos:

- a) Fecha prevista de la transmisión;
- b) Motivos de la transmisión;
- c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión, y
- d) Medidas previstas respecto de los trabajadores.

7. De no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión.

8. El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión.

En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos.

9. El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los arts. 40.2 y 41.4 de la presente Ley.

10. Las obligaciones de información y consulta establecidas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios cedente y cesionario o por las empresas que ejerzan el control sobre ellos. Cualquier justificación de aquéllos basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto".

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008, indica : "La doctrina de la Sala es constante al afirmar que el fraude de Ley no se presume y que ha de ser acreditado por el que lo invoca (así, las SSTS 16/02/93 -rec. 2655/91 -; 18/07/94 -rec. 137/94 - ; 21/06/04 -rec. 3143/03 - ; y 14/03/05 -rco 6/04 -), pues su existencia -como la del abuso de derecho- sólo podrá declararse si existen indicios suficientes de ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados (STS 25/05/00 -rcud 2947/99 -); y que -por ello- el trabajador no tiene que justificar las razones que le llevaron a abandonar voluntariamente su primer trabajo y no cabe presumir la existencia de fraude por el mero hecho de abandono voluntario de relación indefinida para posterior contratación en régimen de corta temporalidad (en tal sentido y en supuestos de desempleo, las SSTS 06/02/03 -rcud 1207/02 - ; y 21/06/04 -rcud 3143/03 -).

Pero rectificando criterio aislado anterior en el que se había indicado que "esta Sala ha declarado reiteradamente el fraude de Ley no puede derivarse de meras presunciones" (STS 21/06/90), de forma unánime se proclama en la actualidad que sí podrá acreditarse su existencia mediante pruebas directas o indirectas, admitiendo entre estas últimas el art. 1253 CC -derogado por la DD Única 2-1 LECiv /2000 - las presunciones (SSTS 04/02/99 -rec. 896/98 - ; 24/02/03 -rec. 4369/01 - ; y 21/06/04 -rec. 3143/03 -). En este sentido se afirma que la expresión "no presunción del fraude ha de entenderse en el sentido de que no se ha de partir de éste como hecho dado y supuesto a falta de prueba en contrario (al modo de una inversión de la carga probatoria, ciertamente prohibida a estos efectos), pero naturalmente no excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter

fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones (la "praesumptio hominis" del art. 1253 del Código Civil cuando entre los hechos demostrados... y el que se trata de deducir... hay "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" (STS 29 marzo 1993 -rec. 795/92 -, reproducida por las de 24/02/03 -rec. 4369/01 - y 30/03/06 -rcud 53/05 - ; esta última en obiter dicta).

2- Llegados a este punto de la necesaria acreditación del fraude, la cuestión fundamental que desde siempre -antes y después de la reforma del Título Preliminar del Código Civil, y más en concreto del art. 6.4 - ha sido la posible exigencia de "animus fraudandi" como requisito del fraude de ley. La jurisprudencia -de esta Sala IV y de la I -no ha sido siempre uniforme, oscilando entre la tesis objetiva (atiende al resultado prohibido) y la subjetiva (contempla la intención defraudatoria), sin que no falten soluciones de síntesis como la que representa la STS 22/12/97 (-rec. 1667/93 -, de la Sala I), al decir que la figura del fraude de ley "surgió en el área civil, a través de una depurada construcción doctrinal, que la desarrolla en una doble vertiente: objetiva -defensa del cumplimiento de norma- y subjetiva - ánimo defraudatorio o de engaño-. La jurisprudencia de esta Sala pronto se hizo eco de la referida construcción científica, pero llegando a una conjunción de dichas teorías subjetiva y objetiva", al caracterizar la figura "como toda actividad tendente a inutilizar la finalidad práctica de una ley material, mediante la utilización de otra que sirve de cobertura para ello (SS. 14 febrero 1986 y 12 noviembre 1988), llegándose al extremo de manifestar que el fraude de ley exige una serie de actos que, pese a su apariencia legal, violan el contenido ético de un precepto legal (S. de 26 mayo 1989)".

Oscilación entre las teorías -objetiva y subjetiva- que igualmente puede apreciarse en la doctrina de esta Sala. Ciertamente que no faltan resoluciones que atienden -para apreciar el fraude- a la mera constatación objetiva de la producción del resultado prohibido por la norma (al margen de la intención o propósito del autor), como cuando se afirma que aunque el fraude de ley no se presume y debe ser probado por la parte que lo alega, esto no significa que tenga que justificarse la intencionalidad fraudulenta de los negociadores, sino que es suficiente con que los datos objetivos que constan en el mismo revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley (STS 19/06/95 -rcd 2371/94 ; citada por la de 31/05/07 -rcud 401/06 -). Pero mayoritariamente, la doctrina de esta Sala se inclina por afirmar que en materia de fraude de ley, el elemento fundamental consiste en la intención maliciosa de violar la norma (así, las SSTS 11/10/91 -rcud 195/91 - ; y 05/12/91 -rcud 626/91 -), pues en la concepción de nuestro Derecho, el fraude es algo integrado por un elemento subjetivo o de intención, de manera que para que pueda hablarse de fraude es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico, persiga, pretenda, o muestre el propósito, de eludir otra norma del propio ordenamiento (STS 06/02/03 -rec. 1207/02 -); y en la entraña y en la propia naturaleza del fraude de ley está la creación de una apariencia de realidad con el propósito torticero de obtener de ella unas consecuencias que la auténtica realidad, no aparente, sino deliberadamente encubierta, no permitirían (STS 05/12/91 -rec. 626/91 -). O lo que es igual, el fraude de ley que define el art. 6.4 CC es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma, o con una posible elección errónea del tipo contractual que corresponde a un determinado propósito negocial".

Sexto.

La tradición jurídica de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo "ha exigido en la interpretación y aplicación del Art. 44 ET que concurrieran los dos elementos o requisitos subjetivo y objetivo consistentes respectivamente en la sustitución de un empresario por otro en una misma actividad empresarial y en la transmisión del primero al segundo por cualquiera de los medios admitidos en derecho de los elementos patrimoniales necesarios para continuar la actividad empresarial ., aun cuando en relación con la necesidad de transmitir elementos patrimoniales se haya introducido recientemente una modificación de criterios en relación con las empresas de servicios en aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas . 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 haya 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 - SSTJCE 18-3-1986, Asunto Spifkers o 19-5-1992, Asunto Stiiching, 10-12-1998 Asunto Sánchez Hidalgo, 2-12-1999 Asunto Allen y otros, 24-1-2002 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" (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2004 (rec. núm. 6432/2003)).

Séptimo.

No se va a tratar en esta resolución a cerca de las causas económicas de la empresa Panificadora de Tenerife S.A., puesto que ello es ajeno al tema a dilucidar que no es otro sino el relativo a si existe sucesión empresarial y si en el despido operado así como la posterior creación de la empresa Panificadora Canaria Paybo S.L.L. hubo un fraude de ley, de manera que si ello es así, habría que declarar nulo el Acuerdo operado entre la primera empresa y la Comisión Negociadora sobre la extinción de la totalidad de la plantilla del Expediente de Regulación de Empleo que se presentara.

Ha quedado acreditado a través de la prueba documental practicada y reseñada en el relato fáctico que ante la situación que venía manteniendo la empresa Panificadora de Tenerife S.A., se presentó un despido colectivo con la finalidad de que los trabajadores obtuvieran las prestaciones de desempleo en pago único para capitalizar a la empresa que iban a crear y que posteriormente contituyeron, Panificadora Canaria Paybo S.L.L., La misma actividad que realizaba la primera empresa fue llevada a cabo por la segunda sin interrupción alguna de la actividad industrial y comercial, siendo que esta segunda efectuó en la primera un contrato de arrendamiento de los terrenos, de la nave así como de los vehículos del parking, al tiempo que la nueva sociedad adquiriría una serie de activos según se detallan en el relato fáctico.

Octavo.

La nueva Sociedad que asume la explotación está dirigida por D. Juan Antonio que aparece como Administrador único y que era el Apoderado y Director Gerente en funciones de la anterior sociedad. Fue él quien a través de un proyecto crea esta nueva Sociedad para que se incorporen los trabajadores como socios de la misma, formando el patrimonio con las aportaciones que cada uno de ellos percibiera del pago único del las prestaciones por desempleo.

De todo ello, se infiere la existencia de una sucesión empresarial al haberse transmitido todos los elementos de la primera Sociedad a la segunda, la mayor parte de trabajadores, con lo que también ha existido transmisión de mano de obra, evidenciándose una absoluta identidad de la unidad productiva de Panificadora de Tenerife S.A. a Panificadora Canaria Paybo S.L.L., entrando en juego por consiguiente el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y observándose que el despido operado no fue utilizado sino como pantalla para constituir esa otra Sociedad y obtener prestaciones por desempleo en pago único, como se dijo, para capitalizar a la misma y de esa forma intentar solventar la situación económica en la que se encontraba la primera de las Sociedades quien forma parte del grupo Salatín.

Así las cosas, es evidente, que lo que existió fue una subrogación empresarial en donde tenían que haber acogido a todos los trabajadores. La forma en como realizaron ese proyecto y la finalidad del mismo solo evidencia que hubo un fraude de ley, que el mismo está demostrado y que queda constancia, tal y como se ha venido relatando, de cual fue la finalidad de presentar el despido.

Es evidente que se dan las notas para que opere el tan citado artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores sin que el hecho de que los contratos se extinguieran el día 20 de noviembre de 2013 y la Sociedad laboral comenzara a operar el día 22 desvirtue la naturaleza de las transmisiones y de la actividad operada de una Empresa a otra, puesto que no existe desvinculación alguna de la segunda Sociedad con respecto a la primera y lo que es más significativo es que esa actividad productiva siempre fue permanente, a excepción de un día, en que los trabajadores gestionarían ante el Servicio Publico Estatal de Empleo la obtención de sus prestaciones en pago único, según manifestó ante la inspectora, Dña. Salome, jefa de RRHH de Panificadora de Tenerife S.A..

Todo ello queda reflejado en el Acta de la Inspección de trabajo obrante en los folios 435 y siguientes del expediente administrativo.

Noveno.

Se ha de hacer hincapié para dejar constancia de la sucesión empresarial operada que tal y como se desprende del relato fáctico la actividad empresarial se desarrolla en la misma nave industrial, con los mismos medios materiales, misma maquinaria, mobiliario, inmovilizado inmaterial (marcas, software, y fichas técnicas de productos, elementos de transporte, créditos comerciales vencidos, know how y la clientela). Igualmente pasaron a la nueva sociedad 54 trabajadores, 50 como socios y 4 trabajadores así como también algún miembro del equipo directivo, como es el caso del Administrador Unico de la segunda Sociedad, D. Juan Antonio .

Así pues se ha constituido una Sociedad limitada laboral para obtener la financiación a través de las aportaciones de las prestaciones por desempleo en su modalidad de pago único, operación que se realiza para continuar con la misma actividad que se venía haciendo y con las referidas aportaciones sanear, sin duda, la anterior empresa y pretender con ello no hacer efectivos los salarios adeudados así como las indemnizaciones, recogiendo el tema relativo a las referidas indemnizaciones tanto en el Acta de Inspección como en el propio Acuerdo firmado entre las partes negociadoras.

Las representaciones de las Empresas codemandadas hacen referencia a una Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Febrero de 2002, recogida por otras posteriores como la de 25 de septiembre de 2008 en donde se indica: "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 (art. 228.3 LGSS ; RD 1044/1985, l de 19/junio), 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 -)".

Sin embargo, no hay que olvidar que de dicha Sentencia no puede extraerse sólo lo que se quiera puesto que el caso en ella enjuiciado difiere del nuestro por lo que no entra en aplicación la misma, máxime cuando, como se ha visto, hay una sucesión empresarial y sin que el hecho de la interrupción de un día, tal y como se constata en el relato fáctico y en el fundamento de derecho octavo, sea suficiente para que se aplique, igualmente, la sentencia referida, cuando es patente la sucesión.

Décimo.

De esta forma y a la vista de lo expuesto, existe una subrogación empresarial y como se viene diciendo es manifiesto que el Acuerdo operado se ha hecho en fraude de ley, contraviniendo el artículo 6.4 del Código Civil, debiéndose declarar nulo el mismo, y en consecuencia se ha de estimar la demanda interpuesta por la Autoridad Laboral.

Dado que el petitum de la demanda se limita a solicitar la nulidad del Acuerdo en virtud del mismo y del principio dispositivo, esta Sala únicamente va a acordar tal nulidad, sin que sea posible, en este procedimiento, acceder a las solicitudes efectuadas por la representación de dos grupos de trabajadores, en el sentido de acordar la extinción de los contratos o, que sean readmitidos los trabajadores, debiendo en su caso, instar ello en los procedimientos individuales, si a sus derechos convinieren, e insistiendo en que el presente procedimiento versa sobre la nulidad de un determinado Acuerdo y no sobre la nulidad de un despido colectivo.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando las excepciones de falta de legitimación pasiva, debemos estimar y estimamos la demanda interpuesta por la CONSEJERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y COMERCIO contra Panificadora de Tenerife S.A. y Comisión Negociadora (Comité de Empresa de Panificadora de Tenerife S.A.), debemos declarar y declaramos nulo el Acuerdo alcanzado entre la Panificadora de Tenerife S.A. y la Comisión Negociadora en el expediente de regulación de empleo.

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, y al Ministerio Fiscal, en su caso, y adviértaseles que contra la misma cabe RECURSO DE CASACIÓN, para ante el Tribunal Supremo, debiendo prepararlo ante Sala de lo Social en el plazo de CINCO DÍAS hábiles contados a partir del siguiente a la notificación de esta resolución en cualquiera de las formas previstas en el artículo 208 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y por los motivos previstos en dicha Ley.

Para ello habrá de efectuarse el depósito de los 600 euros, así como el importe de la condena, si la hubiere, por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social y no goce del beneficio de justicia gratuita, en la c/c 3777, que esta Sala tiene abierta en el Banco Santander, seguida de cuatro ceros, DC 37 (Recursos de Casación Laboral) y a continuación número y año del procedimiento 31/13 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, con los requisitos previstos en el artículo 230, debiendo acreditar todo ello, mediante la presentación del resguardo y/ o documento constitutivo del aval al tiempo de anunciar el recurso.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.