

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 874/2021, de 8 de septiembre de 2021

Sala de lo Social

Rec. n.º 1866/2020

SUMARIO:

Sucesión de contratas. Subrogación convencional. Aplicabilidad del régimen general de sucesión de empresas previsto en el artículo 44.3 del TRET. Responsabilidad solidaria. Reclamación de cantidad. Carga de la prueba. Adeudo de salarios de la contratista saliente. Convenio Colectivo de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de Galicia. Sucesión de contratas en actividad que no pivota esencialmente sobre la mano de obra sino sobre los medios materiales, habiéndose producido una subrogación convencional en aplicación del Convenio colectivo. Decisión de a quien corresponde acreditar, para que operase el régimen legal de sucesión, si la actividad de la empresa exigía o no necesariamente el despliegue de medios materiales. La sentencia de instancia concluye, sin mayores razonamientos, que debe condenarse solidariamente a ambas empresas, conforme al artículo 44.3 del TRET, perdiendo de vista que no quedó acreditado, de ninguna manera, en los hechos probados de la sentencia del juzgado, que la actividad de la empresa descansara esencialmente sobre la mano de obra, circunstancia esta asumida por el TSJ en Suplicación. Así pues, no habiéndose alegado por el trabajador demandante, ni probado tampoco, que se hubiera producido la transmisión de una unidad productiva, ya sea porque se transmitieran medios materiales entre la empresa saliente y la entrante, ya sea porque la actividad de la empresa pivotara sobre medios personales, es evidente que no ha probado los hechos constitutivos de su pretensión, aunque la empresa admitiera que se subrogó convencionalmente en la plantilla de la empresa saliente, toda vez que la inversión de la carga probatoria, mantenida por nuestra doctrina en supuestos de sucesión de contratas, se predica de aquellas empresas cuyas actividades se desarrollen esencialmente mediante mano de obra, lo que no se ha acreditado aquí, como no podría ser de otro modo, toda vez que no se puede transportar enfermos o accidentados en ambulancia si no se dispone de ambulancias y vehículos medicalizados o, en su caso, de medios aéreos o marítimos, cuando en la adjudicación se contemple el despliegue de dichos medios, lo cual impide aplicar aquí el juicio de probabilidad cualificada, correspondiendo realizar ese juicio al juzgador de instancia. Dicha conclusión no puede enervarse porque la empresa recurrente no probara, ni intentara probar, que no se había producido la transmisión de una unidad productiva, por cuanto la carga probatoria de los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes, predicada por el artículo 217.3 LRJS, se activa para neutralizar la eficacia jurídica de los hechos constitutivos, cuya incidencia se actualiza lógicamente cuando se han probado los mismos, de manera que, aunque no se hubieran probado hechos impeditivos, extintivos o excluyentes, la demanda debe desestimarse, cuando no se hubieren probado los constitutivos, ya que, si no se hiciera así, se estaría otorgando tutela a pretensiones infundadas. No puede considerarse una obligación excesiva, inaccesible al trabajador, intentar probar que concurrieran cualquiera de los supuestos que acreditan la transmisión de la unidad productiva, toda vez que en su condición de conductor de ambulancias pudo conocer perfectamente si se utilizaban los mismos vehículos por la nueva adjudicataria, siendo impensable, por otra parte, que transportaran a los enfermos sin ningún medio de transporte. Asimismo, no cabe alegar la aplicación del régimen probatorio del artículo 217.7 de la LEC, toda vez que el trabajador ni ha alegado ni ha probado o intentado probar que no tenía acceso a los medios probatorios para acreditar la transmisión de la unidad productiva, siendo patente que pudo reclamar que la empresa aportara al expediente de adjudicación de la contrata, así como la identificación de los vehículos desplegados para su concesión y si se transmitieron por la empresa saliente, junto con la identificación de los trabajadores subrogados de la anterior empresa concesionaria. No cabe, por tanto, desplazar cargas probatorias a la demandada, si no se ha demostrado mínimamente la inaccesibilidad de la prueba para la parte demandante, lo que es más difícil de admitir, cuando en la demanda no se precisó, siquiera, de qué manera se había producido la supuesta transmisión de la unidad productiva.

PRECEPTOS:

RDLeg 2/2015 (TRET), arts. 42 y 44.3.

Ley 1/2000 (LEC), art. 217.2 y 7.

Ley 36/2011 (LRJS), art. 94.2.

Resolución de 6 de mayo de 2019 (Convenio Colectivo de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de Galicia -NSC028953-), art. 9 f).

PONENTE:

Don Ricardo Bodas Martín.

Magistrados:

Don ROSA MARIA VIROLES PIÑOL
Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO
Don SEBASTIAN MORALO GALLEGO
Don CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA
Don RICARDO BODAS MARTIN

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1866/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 874/2021

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 8 de septiembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por Ambuibérica SL contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 9 de marzo de 2020, en su recurso de suplicación núm. 3636/2019, que desestimó el recurso de suplicación, interpuesto por Ambuibérica SL contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago de Compostela que resolvió la demanda sobre reclamación de cantidad interpuesta por D. Luis Carlos contra Ambunova Servicios Sanitarios SLU y Ambuibérica SL.

D. Luis Carlos, representado y asistido por su Letrada D^a Ángeles Cancela Regueiro, se ha personado y ha presentado escrito de impugnación contra el recurso de casación para la unificación de doctrina.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

1. Presentada demanda sobre reclamación de cantidad por D. Luis Carlos contra las empresas Ambunova Servicios Sanitarios SLU y Ambuibérica SL, fue turnada al Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago de Compostela, quien dictó sentencia el 7 de febrero de 2019, en cuyos HECHOS PROBADOS consta lo siguiente:

"PRIMERO. - Don Luis Carlos, con DNI NUM000, prestó servicios por cuenta de Ambunova Servicios Sanitarios SLU, con la categoría profesional de conductor de ambulancia, con antigüedad reconocida en nómina de 01/04/2016. (Vid docs. 1 y 3 del ramo de prueba del actor).

Segundo.

- En fecha 16/08/2016 el actor fue subrogado por Ambuibérica SL, para prestar sus servicios como conductor de ambulancia, señalándose en el anexo de subrogación que la misma se efectúa de conformidad con lo indicado en el art. 9 f) del convenio colectivo para las empresas y trabajadores de enfermos/as accidentados/as de Galicia y reconociéndose su antigüedad desde el 01/04/2016. (Vid doc. 4 del actor y doc. 1 de Ambuiberica SL).

Tercero.

- Al tiempo de la subrogación la empresa saliente, Ambunova Servicios Sanitarios SLU, adeudaba al actor las siguientes cantidades: salario de junio de 2016 por importe de 1985,45 euros brutos; salario de julio de 2016 por importe de 2005,54 euros brutos, y salario de agosto de 2016 por importe de 784,42 euros brutos (Ex art. 91.2 de la LRJS y docs. 3 y 4 del actor).

Cuarto.

- Es de aplicación a la relación laboral existente entre las partes el convenio colectivo para las empresas y trabajadores de enfermos/as accidentados/as de la CCAA de Galicia (No controvertido).

Quinto.

- En fecha 14/02/2017 se celebró acto de conciliación ante el SMAC en virtud de papeleta presentada el día 24/01/2017, el cual finalizó con el resultado de intentado sin efecto. (Vid certificación del acta de conciliación unida a la demanda)".

2. En la parte dispositiva de dicha sentencia se dice lo siguiente: "Estimando íntegramente la demanda presentada por D. Luis Carlos, contra Ambunova Servicios Sanitarios S.L.U. y Ambuiberica S.L., debo condenar y condeno a las mercantiles demandadas solidariamente a abonarle al demandante la suma de 4.775,41 euros brutos por los conceptos detallados en el hecho probado tercero de esta resolución, más los intereses previstos en el artículo 29.3 del ET sobre dicha cantidad, devengados desde la fecha de presentación de la papeleta de conciliación hasta la presente resolución y los del artículo 576 de la LEC a partir de la presente resolución. En lo que atañe a la responsabilidad del FOGASA no ha lugar a su condena en esta instancia debiendo estarse a lo que resulte de la aplicación del artículo 33 del ET".

Segundo.

- El Letrado D. Ricardo Pérez Seoane en nombre y representación de la entidad mercantil Ambuiberica SL interpone recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, quien dictó sentencia el día 9 de marzo de 2020, en su recurso de suplicación nº 3636/2019, en cuya parte dispositiva se dijo lo siguiente: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Ambuiberica SL contra la sentencia de fecha 7-2-2019 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela en el procedimiento nº 60/2019 sobre cantidades, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

De conformidad con el artículo 235.1 LJS, procede imponer a la empresa demandada-recurrente el abono de los honorarios del letrado de la actora impugnante del recurso, en la cuantía de 550 euros. Dese a los depósitos constituidos el destino legal correspondiente".

Tercero.

- 1. El Letrado D. Ricardo Pérez Seoane, en nombre y representación de Ambuibérica SL, interpone recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia recurrida. Aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 26 de septiembre de 2019, rec. 1678/2019.

2. D. Luis Carlos a través de su Letrada D^a Ángeles Cancela Regueiro presenta escrito de impugnación contra el recurso de casación para la unificación de doctrina.

3. El Ministerio Fiscal en su informe interesa la desestimación/improcedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina.

Cuarto.

- Mediante providencia de 28 de junio de 2021 se designó nuevo Ponente, por necesidades del servicio, al Magistrado Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín y se señaló como fecha de votación y fallo el día 8 de septiembre de 2021, fecha en la que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

1. La cuestión, suscitada en el presente recurso de casación unificadora, consiste en decidir si, producida una subrogación convencional, corresponde al demandante acreditar que se transmitió una unidad productiva autónoma, ya sea porque se transmitieron los medios materiales necesarios para el despliegue de su actividad o, en su caso, que la actividad de la empresa pivota esencialmente sobre mano de obra y que la empresa entrante se subrogó en la mayor parte de la plantilla de la empresa saliente o, por el contrario, corresponde a la empresa demostrar que su actividad exigía necesariamente el despliegue de medios materiales y que, de ser así, no se produjo transmisión de los mismos o, en su defecto, si la actividad se basaba esencialmente en mano de obra, que no se subrogó en la mayor parte de la plantilla de la empresa saliente.

2. Recurre la empresa la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 de marzo de 2020, R. 3636/19, que desestimó su recurso frente a la sentencia de instancia que la había condenado solidariamente a abonar las cantidades reclamadas por el trabajador adeudadas por la anterior empresa en la que prestaba servicios. El demandante en las actuaciones prestó servicios para Ambunova Servicios Sanitarios, S.L.U., hasta que el 16 de agosto de 2016 fue subrogado por Ambuibérica SL, señalándose en el Anexo de subrogación, que la misma se efectuaba de conformidad con lo indicado en el art. 9 f) del convenio colectivo para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos/as accidentados/as en ambulancia de Galicia y reconociéndose su antigüedad desde el 01/04/2016. En la demanda reclama la cantidad de 4.775,41 euros de salarios de junio, julio y agosto, adeudados por Ambunova. La sentencia de instancia estimó la demanda con condena solidaria a las dos empresas. La sala de suplicación, tras transcribir varias sentencias sin que sea posible diferenciar claramente qué fundamentos corresponden a las sentencias transcritas y qué otros son de la propia sentencia, indica que, dados los términos del convenio colectivo, "será lógico que quien sostenga que no se ha producido la asunción suficientemente relevante de la mano de obra, así lo acredite (art. 217 LEC) y que se produzca el debate correspondiente cuando la cuestión sea controvertida". Seguidamente recuerda que cuando, como es el caso, lo relevante es la mano de obra y no la infraestructura, la subrogación sólo procede si la nueva contratista asume una parte cuantitativa o cualitativa del personal de la anterior y termina afirmando que "puesto que acreditado y no discutido que lo relevante es la mano de obra adscrita a la contrata y la empresa entrante ha subrogado al actor para prestar sus servicios como conductor, debe responder de las deudas salariales de la saliente por aplicación del artículo 44. 3 del Estatuto de los Trabajadores".

Segundo.

- 1. Se alega de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de septiembre de 2019, R. 1678/2019, dictada en un procedimiento de reclamación de cantidad dirigido contra las mismas empresas. En este caso también el demandante había trabajado para Ambunova hasta que Ambuibérica se subrogó en la posición de ésta el 16 de agosto de 2016, en virtud del art. 9 f) del convenio colectivo para empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados de Galicia. Cuando se produjo la subrogación Ambunova adeudaba ciertas cantidades al demandante. En la instancia fueron condenadas ambas empresas solidariamente al pago de la cantidad reclamada. La sentencia de contraste estima el recurso de Ambuibérica, que discutía su responsabilidad solidaria, siguiendo la doctrina establecida por la STJUE de 11 de julio de 2018 (asunto Somoza Hermo e Ilunión Seguridad) y la STS/4ª de 27 de septiembre de 2018, R. 2746/2016, de la cual destaca que el concepto de "entidad económica" es el único que puede definir una transmisión empresarial con efectos subrogatorios, debiendo ponderarse a estos efectos las circunstancias concurrentes en cada caso. Y en el supuesto enjuiciado resulta que no hay prueba de que Ambuibérica asumiera toda o la mayor parte de los trabajadores y especialmente sobre los vehículos, quién es la titular y si fueron transmitidos con el personal. La sentencia de contraste niega que se den los requisitos establecidos en la citada STJUE porque no se acreditan, y aunque pudiera deducirse de los hechos probados que Ambuibérica subrogó al resto de la plantilla, nada se dice respecto de los elementos patrimoniales ya que en este caso la identidad económica está integrada tanto por los elementos personales como por los materiales, entendiéndose que la actividad de la empresa no descansa notoriamente sobre la mano de obra, toda vez que el transporte de enfermos requiere la utilización de vehículos. En definitiva, se niega la existencia de una transmisión de empresa definida en el art. 44 ET.

2. El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

3. La Sala considera, contrariamente al informe del Ministerio Fiscal, que concurren aquí los requisitos de contradicción, exigidos por el art. 219.1 LRJS, toda vez que, en ambos casos, se trata de trabajadores, subrogados por la empresa recurrente con arreglo a lo dispuesto en el art. 9.f) del convenio aplicable, a quienes adeudaba salarios la empresa saliente, que reclamaron la responsabilidad solidaria de ambas empresas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 44 ET.

En los hechos probados de ambas sentencias no consta que la actividad de la empresa pivotara sobre la mano de obra, ni consta tampoco que la recurrente se subrogara en la mayor parte del personal de la empresa saliente, ni se precisa, de ninguna manera, si la actividad de la empresa necesita obligadamente el despliegue de vehículos y otros medios materiales, ni se expresa finalmente si éstos fueron o no objeto de transmisión. Pues bien, la sentencia recurrida, con base en el art. 217 LEC, considera que, "dados los términos en que el convenio colectivo disciplina la subrogación, será lógico que quien sostenga que no se ha producido la asunción suficientemente relevante de la mano de obra, así lo acredite (art. 217 LEC) y que se produzca el debate correspondiente cuando la cuestión sea controvertida" y condena solidariamente a ambas empresas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 44.3 ET, por cuanto se ha "...acreditado y no discutido que lo relevante es la mano de obra adscrita a la contrata y la empresa entrante ha subrogado al actor para prestar sus servicios como conductor, debe responder de las deudas salariales de la saliente por aplicación del art 44.3 del Estatuto de los Trabajadores". En cambio, la sentencia de contraste considera que no se ha probado una sucesión de empresa del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, porque ni consta acreditado que la actividad de la empresa descansa en la mano de obra y la contratista entrante ha asumido la mayor parte de la plantilla en los términos antes señalados y, además, porque considera notorio, que la actividad de la empresa requiere el despliegue de medios materiales, cuya transmisión no se ha acreditado, entendiéndose que, todo ello impide condenar solidariamente a las empresas implicadas.

Se evidencia por tanto que ante hechos probados idénticos y ante la misma pretensión, las sentencias han resuelto de modo contradictorio, aunque la recurrida, como hemos advertido, parte del hecho, acreditado y no discutido, de que la actividad de la empresa pivota esencialmente sobre la mano de obra y se ha subrogado en el contrato del actor, mientras que la referencial, ateniéndose al relato de hechos probados, que es idéntico al de la recurrida, concluye que no se ha probado que la entrante contratara a la mayoría de la plantilla de la saliente, cuya actividad exige notoriamente el despliegue de medios materiales, sin que podamos dar valor de hecho probado a las manifestaciones de la sentencia recurrida, por cuanto no se explica la fuente probatoria de las que se han deducido y no se compadecen con los hechos de la demanda, que no fueron precisados en el acto del juicio, ni con la prueba practicada, ni con los hechos probados de la sentencia recurrida.

Tercero.

- 1. La empresa recurrente articula un único motivo de casación, en el cual, sin cita de ninguno de los apartados del art. 207 LRJS, denuncia que la sentencia recurrida ha infringido lo dispuesto en el art. 44 ET, en relación con lo dispuesto en el art. 217 LEC.

Sostiene básicamente, que no se ha producido subrogación estatutaria, toda vez que no se han transmitido activos patrimoniales en una actividad, cuyo ejercicio requiere necesariamente el despliegue de medios materiales, puesto que no se puede trasladar enfermos sin los correspondientes vehículos, lo que hace irrelevante, que se haya subrogado en los contratos de la plantilla saliente, con base a lo dispuesto en el art. 9.f del convenio colectivo aplicable, por cuanto la actividad de la empresa no se basa esencialmente en la mano de obra.

Consiguientemente, la carga de la prueba de que la actividad empresarial pivotaba esencialmente en la mano de obra, correspondía al demandante, a tenor con lo dispuesto en el art. 217.2 LEC, lo que no se produjo en el acto del juicio, ni se refleja en los hechos probados, razón ésta por la que debió estimarse la excepción de falta de legitimación pasiva, alegada en el acto del juicio por la recurrente.

2. El señor Luis Carlos ha impugnado el recurso de casación, porque considera que correspondía acreditar a la demandada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 217.3 y 7 LEC, que no se había transmitido una unidad productiva, una vez constatado que asumió a la plantilla de la empresa saliente.

3. El Ministerio Fiscal interesa la improcedencia del recurso, porque considera que la limitación de responsabilidad, prevista en el art. 9.f del convenio colectivo aplicable, se desactiva cuando se acredita la transmisión de una unidad productiva.

Cuarto.

- 1. La doctrina tradicional de la Sala Cuarta en los supuestos de sucesión de contratadas, resumida en STS (Pleno) 27-09-2018, rcud. 2747/2016, mantenía los criterios siguientes:

A) La exclusión del régimen subrogatorio común (art. 44 ET) por parte del convenio colectivo únicamente es válida cuando no se transmite una unidad productiva con autonomía funcional.

B) El convenio colectivo puede mejorar la regulación del ET y de la Directiva 2001/23/CE, no preterirla o empeorarla. Las previsiones convencionales solo rigen "siempre y cuando no conculquen ningún precepto de Derecho necesario".

C) Cuando el convenio obliga a la asunción de la plantilla preexistente en supuestos adicionales a los legales, aunque materialmente haya una "sucesión de plantilla" no debe acudir a la regulación común, puesto que lo pactado opera como mejora de las previsiones heterónomas.

D) Siempre que haya transmisión de medios materiales o infraestructura productiva lo que procede es aplicar el régimen general de la transmisión de empresa con subrogación laboral.

En la sentencia citada, que adaptó la doctrina del Tribunal Supremo a la STJUE de 11 de julio de 2018, C-60/17, se llegó a las siguientes conclusiones:

Primera. - Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contratadas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante.

Segunda. - En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contratada (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET.

Tercero.

- Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal.

Cuarto.

- El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina.

En lo que afecta a las cargas probatorias, la sentencia reiterada concluye:

En principio, y siempre por referencia a estos supuestos en que lo relevante no es la infraestructura productiva puesta en juego, la adjudicación de una nueva contratada a empleador diverso del saliente nos sitúa ante la transmisión de la "entidad económica" recién aludida.

Pero no se trata de algo que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático sino al de los hechos y de su prueba. Es decir, el examen de las características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción funcional permanente o aleatoria, etc.), de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario para el personal, etc.), del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa) son aspectos valorables para despejar esa incógnita, que constituye al tiempo un condicionante de la subrogación.

Eso significa, claro, que en sectores donde la mano de obra constituye lo esencial ha de valorarse de manera muy prioritaria el dato relativo al número o condición de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora, al margen del título o motivo por el que ello suceda.

A partir de ahí, dados los términos en que el convenio colectivo disciplina la subrogación, será lógico que quien sostenga que no se ha producido la asunción suficientemente relevante de la mano de obra así lo acredite (art. 217 LEC) y que se produzca el debate correspondiente cuando la cuestión sea controvertida.

2. Identificada nuestra doctrina sobre la materia, conviene destacar algunos extremos de hecho, de los que hay que partir:

a. La empresa recurrente se subrogó en el contrato de trabajo del demandante el 16-08-2016, precisándose en el documento subrogatorio, suscrito por ambas partes, que la subrogación se efectúa de conformidad con lo

indicado en el art. 9 f) del convenio colectivo para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos/as accidentados/as en ambulancia de Galicia y reconociéndose su antigüedad desde el 01/04/2016.

b. El demandante reclamó en su demanda que procedía la responsabilidad solidaria de ambas empresas de conformidad con lo dispuesto en el art. 44 ET, sin precisar, de ninguna manera, si se había producido la transmisión de la unidad productiva y de qué modo.

c. En los hechos probados de la sentencia de instancia, no consta en qué condiciones se adjudicó la contrata a la empresa recurrente, ni consta tampoco si se le exigió la aportación de medios materiales para el despliegue de su actividad, como vehículos terrestres, aéreos o marítimos, así como equipos médicos, órganos, sangre o muestras biológicas, propias del ámbito funcional del convenio de aplicación, descritas en su art. 1.

d. Tampoco consta acreditado que la actividad de la empresa pivote esencialmente sobre la mano de obra, ni el número de trabajadores, dedicados por la empresa saliente a la ejecución de la plantilla, ni en cuantos se subrogó la empresa demandada, si bien en el fundamento de derecho primero de la sentencia de instancia, la empresa manifestó que no era aplicable la doctrina de la STS 25-10-2018, porque no hay transmisión de unidad productiva, sino únicamente una subrogación de personal. Tras el visionado completo de la vista, la Sala ha constatado que la empresa admitió efectivamente la subrogación del personal de la saliente conforme al art. 9 del Convenio, pero negó, en todo momento, que se hubiera producido transmisión de la unidad productiva, defendiendo, por el contrario, que se le adjudicó el servicio del transporte de enfermos y accidentados de Galicia, lo que exige necesariamente el despliegue de los correspondientes vehículos de transporte.

e. En la sentencia recurrida se afirma, sin embargo, que, "acreditado y no discutido que lo relevante es la mano de obra adscrita a la contrata y la empresa entrante ha subrogado al actor para prestar sus servicios como conductor, debe responder de las deudas salariales de la saliente por aplicación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores".

f. En los hechos probados de la sentencia referencial, se dan las circunstancias citadas en los apartados a) a d) inclusive.

g. En el fundamento de derecho segundo de la sentencia referencial se dice que, "nada se declara probado acerca de que ésta última empresa haya asumido toda o la mayor parte de los trabajadores que antes desarrollaban su trabajo con la anterior contratista, y sobre todo, dado que la actividad de transporte de enfermos accidentados no descansa fundamentalmente en la mano de obra, pues es notorio que también constituye elemento material relevante los propios vehículos, nada se dice acerca de quién es la titular de los vehículos y si estos han sido transmitidos junto con el personal. Por tanto, a diferencia del supuesto de la citada STJUE 11 julio 2018 (Somoza Hermo), no podemos partir del hecho, no acreditado, de que el empleador entrante asume una parte esencial (en términos de número y competencias) del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de la contrata, ni tampoco de los elementos materiales. Y aunque pudiera deducirse de los hechos probados que la empresa AMBUIBÉRICA SL subrogó al resto de los trabajadores adscritos, además del actor por aplicación de la norma convencional, nada se dice de los elementos patrimoniales, dado que en este caso la identidad económica viene conformada tanto por los elementos personales como los materiales, de modo que no podemos concluir que estemos en presencia de una transmisión de empresa definida en la Directiva y por ello también en el art. 44 del ET".

Quinto.

- 1. Producida una subrogación convencional, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 9.f) de Convenio Colectivo de Trabajo para empresas y trabajadores de transporte de enfermos o accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Galicia, es requisito constitutivo, para que se active la responsabilidad solidaria del art. 44.3 ET, la transmisión efectiva de una unidad productiva, que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.

Dicha transmisión puede producirse de la manera siguiente:

a. Si la sucesión de contratas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante.

b. En actividades, donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET.

c. Cuando lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal.

d. El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina.

2. La carga de la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión corresponde al demandante, a tenor con lo dispuesto en el art. 217.2 LEC, donde se afirma que, "corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a

ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconversión". Así lo hemos venido manteniendo en múltiples sentencias, por todas 16 de junio de 2020, rec. 69/20.

Por el contrario, corresponde al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos constitutivos, como dispone el art. 217.3 LEC.

El art. 217.7 LEC dispone que, "para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

El art. 217.1 LEC prevé que, "cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones".

2. Como adelantamos anteriormente, el demandante basó genéricamente su pretensión en lo dispuesto en el art. 44.3 ET, sin concretar en su demanda si la actividad de la empresa, dedicada al transporte de enfermos o accidentados en ambulancia, requería necesariamente medios materiales y, de ser así, si los medios de la empresa saliente fueron transmitidos a la entrante. Tampoco alegó que la actividad de la empresa pivotaba esencialmente sobre medios personales y, de ser así, si se subrogó o no en la mayor parte de la plantilla. En la ratificación de su demanda no aclaró ninguno de esos extremos, ni intentó probarlos de ningún modo, como es de ver en la grabación de la vista y en su ramo documental, donde aportó únicamente informe de vida laboral, contrato de trabajo, nóminas, informe de transferencias bancarias, convenio colectivo y una sentencia de otro Juzgado.

La sentencia de instancia no reflejó en los hechos probados en qué condiciones se adjudicó la contrata a la empresa recurrente, ni consta tampoco si se le exigió la aportación de medios materiales para el despliegue de su actividad, como vehículos terrestres, aéreos o marítimos, así como equipos médicos, órganos, sangre o muestras biológicas, propias del ámbito funcional del convenio de aplicación, descritas en su art. 1, ni si fueron transmitidos por la empresa saliente, ni se precisó tampoco que la actividad de la empresa pivote esencialmente sobre la mano de obra, ni el número de trabajadores, dedicados por la empresa saliente a la ejecución del servicio, ni en cuantos se subrogó la empresa demandada, aunque como dijimos más arriba, la empresa, al contestar la demanda, admitió que se había subrogado convencionalmente en la plantilla de la saliente, negando, por el contrario, que se hubieran producido una transmisión de unidad productiva, como luce en el fundamento de derecho primero, párrafo segundo in fine de la sentencia de instancia.

Pues bien, la sentencia de instancia, tras reproducir íntegramente la STS 25/10/2018, rcud. 4007/16, concluye, sin mayores razonamientos, que debe condenarse solidariamente a ambas empresas, conforme a lo dispuesto en el art. 44.3 ET, perdiendo de vista que, en nuestra sentencia quedó acreditado que la actividad de la empresa, dedicada a limpieza de edificios y locales, pivotaba esencialmente sobre la mano de obra, lo que no quedó acreditado, de ninguna manera, en los hechos probados de la sentencia del Juzgado, dándose, además, la circunstancia de que las empresas demandadas se dedican al transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, razón ésta por la que se les aplica otro convenio.

La Sala de suplicación confirma la sentencia de instancia, porque tiene por "probado y no discutido" que la actividad de la empresa pivotaba sobre la mano de obra, razón por la cual, una vez probado que "la empresa entrante ha subrogado al actor para prestar sus servicios como conductor, debe responder de las deudas salariales de la saliente por aplicación del art 44.3 del Estatuto de los Trabajadores". Como razonamos más arriba, no podemos dar ningún valor a dichas afirmaciones, por cuanto la sentencia recurrida no explica de ninguna manera de qué fuente probatoria deduce que la actividad de la empresa se basara esencialmente en la mano de obra y, que dicho extremo no se hubiera discutido, ya que en el relato fáctico de la sentencia de instancia no se contiene ningún pronunciamiento de ese tenor, sin que se produjera ningún tipo de modificación de los hechos probados en suplicación, habiéndose discutido, en todo caso, en la contestación a la demanda, así como en el recurso de suplicación y en el recurso de casación para la unificación de doctrina, que se produjera transmisión de la unidad productiva, reflejándose así en el fundamento de derecho primero, párrafo segundo in fine de la sentencia de instancia.

3. Así pues, no habiéndose alegado por el demandante, ni probado tampoco, que se hubiera producido la transmisión de una unidad productiva, ya sea porque se transmitieron medios materiales entre la empresa saliente y la entrante, ya sea porque la actividad de la empresa pivotara sobre medios personales, es evidente que no ha probado los hechos constitutivos de su pretensión, aunque la empresa admitiera que se subrogó convencionalmente en la plantilla de la empresa saliente, toda vez que la inversión de la carga probatoria, mantenida por nuestra doctrina en supuestos de sucesión de contratas, se predica de aquellas empresas, cuyas actividades se desarrollen esencialmente mediante mano de obra, lo que no se ha acreditado aquí, como no podría ser de otro modo, toda vez que no se puede transportar enfermos o accidentados en ambulancia, si no se dispone de ambulancias y vehículos medicalizados o, en su caso, de medios aéreos o marítimos, cuando en la adjudicación se contemple el despliegue de dichos medios, lo cual impide aplicar aquí el juicio de probabilidad cualificada, sentado por la jurisprudencia civil, por todas STS (Sala 1ª) 4-06-2009, rec. 2293/2004, 1-06-2011, rec. 791/18 y 4-07-2019, rec. 4171/2016,

correspondiendo realizar ese juicio al juzgador de instancia, quien puede llegar a dicha conclusión, "tras valorar las conductas y circunstancias que el buen sentido o el sentido común señalan en el presente caso como índice de responsabilidad dentro del normal encadenamiento de conductas, causas y efectos", lo que no ha sucedido aquí.

Dicha conclusión no puede enervarse, porque la empresa recurrente no probara, ni intentara probar, que no se había producido la transmisión de una unidad productiva, por cuanto la carga probatoria de los hechos impositivos, extintivos o excluyentes, predicada por el art. 217.3 LRJS, se activa para neutralizar la eficacia jurídica de los hechos constitutivos, cuya incidencia se actualiza lógicamente cuando se han probado los mismos, de manera que, aunque no se hubieran probado hechos impositivos, extintivos o excluyentes, la demanda debe desestimarse, cuando no se hubieren probado los constitutivos, ya que, si no se hiciera así, se estaría otorgando tutela a pretensiones infundadas, como sostuvimos, entre otras muchas, en STS 23-07-2015, rcud. 2903/2014 y 22-11-2017, rcud. 3636/2016. Por lo demás, no puede olvidarse que, la parte demandante no precisó en su demanda, ni lo alegó al momento de su ratificación, ni probó, ni intentó probar, que concurrían cualquiera de los supuestos que acreditan la transmisión de la unidad productiva, sin que se trate de una obligación excesiva, que pudiéramos considerar inaccesible al demandante, toda vez que, en su condición de conductor de ambulancias, pudo conocer perfectamente si se utilizaban los mismos vehículos por la nueva adjudicataria, siendo impensable, por otra parte, que transportaran a los enfermos sin ningún medio de transporte, como parece deducirse de la sentencia recurrida.

Tampoco cabe aquí, como pretende el señor Luis Carlos, que se aplique el régimen probatorio, previsto en el art. 217.7 LEC, toda vez que, ni ha alegado, ni ha probado o intentado probar, que no tenía acceso a los medios probatorios para acreditar la transmisión de la unidad productiva, siendo patente que pudo reclamar que la empresa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 94.2 LRJS, aportara el expediente de adjudicación de la contrata, así como la identificación de los vehículos desplegados para su concesión y, si se transmitieron por la empresa saliente, junto con la identificación de los trabajadores subrogados de la anterior empresa concesionaria. No cabe, por tanto, desplazar cargas probatorias a la demandada, si no se ha demostrado mínimamente la inaccesibilidad de la prueba para la parte demandante, lo que es más difícil de admitir, cuando en la demanda no se precisó, siquiera, de qué manera se había producido la supuesta transmisión de la unidad productiva.

Sexto.

- Por las razones expuestas, oído el Ministerio Fiscal, debemos concluir que la doctrina correcta corresponde a la sentencia de contraste, lo cual comporta la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por Ambuibérica SL contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 9 de marzo de 2020, en su recurso de suplicación núm. 3636/2019, que desestimó el recurso de suplicación, interpuesto por Ambuibérica SL contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago de Compostela que resolvió la demanda sobre reclamación de cantidad interpuesta por D. Luis Carlos contra Ambunova Servicios Sanitarios SLU y Ambuibérica SL, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate en suplicación, estimar el de tal clase, interpuesto por Ambuibérica, SL contra la sentencia de instancia, que revocamos parcialmente, absolviendo a Ambuibérica, SL de los pedimentos de la demanda. No procede efectuar pronunciamiento en costas, pero sí acordar la devolución de las impuestas en suplicación y la de los depósitos y consignaciones efectuadas en su caso para recurrir (arts. 235 y 228 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por Ambuibérica SL contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 9 de marzo de 2020, en su recurso de suplicación núm. 3636/2019, que desestimó el recurso de suplicación, interpuesto por Ambuibérica SL contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago de Compostela que resolvió la demanda sobre reclamación de cantidad interpuesta por D. Luis Carlos contra Ambunova Servicios Sanitarios SLU y Ambuibérica SL.

2. Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate en suplicación, estimar el de tal clase, interpuesto por Ambuibérica, SL contra la sentencia de instancia, que revocamos parcialmente, absolviendo a Ambuibérica, SL de los pedimentos de la demanda.

3. No procede efectuar pronunciamiento en costas, pero sí acordar la devolución de las impuestas en suplicación y la de los depósitos y consignaciones efectuadas en su caso para recurrir (arts. 235 y 228 LRJS).

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

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.