



Roj: **STSJ ICAN 435/2017 - ECLI: ES:TSJICAN:2017:435**

Id Cendoj: **35016340012017100237**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **14/02/2017**

Nº de Recurso: **23/2016**

Nº de Resolución: **132/2017**

Procedimiento: **Despidos / Ceses en general**

Ponente: **MARIA JESUS GARCIA HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 435/2017,**
STS 463/2018

?

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín Nº6

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 32 50 06

Fax.: 928 32 50 36

Email: socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: **Despidos** / Ceses en general

Nº Rollo: 0000023/2016

NIG: 3501634420160000057

Materia: **Despido Colectivo**

Resolución: Sentencia 000132/2017

Órgano origen:

Intervención: Interviniente: Abogado:

Demandante FEDERACION DE SERVICIOS DE CCOO ISAIAS GONZALEZ GORDILLO

Demandante GESTION TORVISCAS S.L.

Demandado FRADARIAS ALIMENTACION SCP

Demandado Jose Luis

Demandado Carlos Manuel

Demandado Luis Pedro

Demandado María

Demandado REAL CLUB NAUTICO DE GRAN CANARIA

FOGASA FOGASA

Ilmos./as Sres./as



Presidente

D./D^a. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ

Magistrados

D./D^a. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ (Ponente)

D./D^a. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO

En Las Palmas de Gran Canaria, a 14 de febrero de 2017.

ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente:

SENTENCIA

En los autos de juicio 0000023/2016, seguidos ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias iniciados por FEDERACION DE SERVICIOS DE CCOO asistido/a y/o representado/a por D. ISAIAS GONZALEZ GORDILLO y GESTION TORVISCAS S.L., asistido/a y/o representado/a por D. José Miguel Llamas Bravo Laguna contra D./Dña. FRADARIAS ALIMENTACION SCP, Jose Luis , Carlos Manuel , Luis Pedro , María asistido/a y/o representado/a por D. José María Domínguez Silva y REAL CLUB NAUTICO DE GRAN CANARIA, asistido/a y/o representado por el Graduado Social D. José Manuel Hernández Suárez.

Es Ponente, el/la Ilmo./a Sr./a D./Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Por reparto del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, se recibió demanda sobre **Despido Colectivo** que fue registrada dictándose decreto con fecha 5 de septiembre de 2016, por el que se admitió a trámite convocando a las partes a juicio para el día 11 de octubre de 2016, a las 11:30 horas, procediéndose a la suspensión, señalándose para el día 25 de octubre de 2016 a las 11:30 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.

HECHOS PROBADOS

Se declaran probados los siguientes hechos:

PRIMERO.- El Real Club Náutico de Gran Canaria (en adelante RCNGC) es una sociedad que tienen por objeto y finalidad principal el fomento y la práctica de todos los deportes de mar, celebrar actos culturales y artísticos y proporcionar a sus socios toda clase de juegos lícitos, actividades deportivas, fiestas y distracciones sociales.

SEGUNDO.- El RCNGC presta a sus socios servicios de restauración:

Restaurante Almirante (planta alta); Bar Restaurante (planta primera); Bar Restaurante (planta baja, zona de piscina); servicios en salas de juegos.

TERCERO.- FRADARIAS ALIMENTACIÓN SCP (en adelante FRADARIAS) se dedica a la actividad de restauración.

Son sus socios: D. Luis Pedro , D. Carlos Manuel , D^a María y D. Jose Luis .

CUARTO.- Con fecha 1 de agosto de 2013 RCNGC y FRADARIAS suscribieron contrato de "arrendamiento de industria".

En su estipulación primera se concreta que "constituye el objeto del presente contrato el arrendamiento del negocio y la prestación de los servicios" de restauración ofertados por el Club de modo ordinario o con ocasión de eventos especiales.

Y se hace constar que "las instalaciones objeto de arrendamiento, destinadas a la prestación de los servicios de restauración y cafetería se entregan en este acto por la arrendadora a la parte arrendataria como una unidad patrimonial, susceptible de ser explotada inmediatamente, con todos los servicios anejos de la misma (instalación de cocina, fregaderos, economatos y frigoríficos), así como con todas la maquinaria, utillaje, instalaciones fijas y portátiles complementarias con que consta, y con las demás objeto que la integran, según se relaciona en el inventario...".



En su estipulación segunda se dice que "la duración de este contrato se establece por el plazo de tres años, hasta el día 1 de agosto de 2016" con previsión de prórroga anual por acuerdo expreso y renuncia con antelación mínima de tres meses antes del vencimiento del contrato o de cada una de sus prórrogas, en su caso.

Y en su estipulación sexta "... que por subrogación empresarial adquiere (los trabajadores) del anterior arrendatario que tenía la explotación de la industria" -ocho trabajadores-.

QUINTO.- FRADARIAS ha prestado el servicio de restauración en las instalaciones del RCNGC hasta el vencimiento del contrato.

SEXTO.- El RCNGG notificó a FRADARIAS su voluntad de no renovar el contrato a través de dos burofax de idéntico contenido, recibidos el 31 de diciembre de 2015 y el 12 de abril de 2016.

El RCNGC indicaba:

"Que por Junta Ordinaria de la Directiva del RCNGC, se acordó la apertura de presentación de ofertas en sobre cerrado, junto con proyecto de reforma de las instalaciones de las cocinas del RCNGC para la explotación del servicio de restauración.

Estas ofertas deberán presentarse para el período comprendido entre los días 18 de enero de 2016 (apertura) y el 8 de febrero del mismo año con cierre de ofertas" "... quiero expresarles el deseo de que participen... y les adelanto que como condición principal la Junta Directiva propondrá que la empresa a la que se adjudique el contrato de restauración a comenzar el 5 de septiembre de 2016 deberá asumir no sólo las obras de remodelación y adaptación de las cocinas, sino que además, deberá prestar un servicio de catering durante la ejecución de las obras, que no podrá ser superior a 30 días.

SÉPTIMO.- El 6 de julio de 2016 se publicó en la web del RCNGC el "Pliego de condiciones para la concesión de la restauración", siendo objeto del concurso "la concesión mediante contrato de arrendamiento de las instalaciones del RCNGC, para la explotación de los servicios de restauración al servicio de los socios", con el siguiente calendario: finalización presentación de ofertas el 20 de julio de 2016 a las 12:00 horas, apertura y adjudicación el 22 de julio de 2016 a las 14:00 horas, firma de la concesión el 25 de julio de 2016 a las 12:00 horas.

OCTAVO.- El RCNGC "COMUNICA" a través de su web el 29 de julio de 2016:

"Que se ha declarado desierto dicho concurso, pasando a partir del 1 de agosto de 2016 a ser explotados dichos servicios por el propio RCNGC, realizando para ello todas las acciones legales y necesarias para dicho fin, que incluye la subrogación del personal que seguirá prestando los servicios.

Asimismo, dado que las cocinas van a ser objeto de una profunda reforma y modernización, y siendo conscientes del perjuicio que esto puede ocasionar en la vida diaria de nuestro Club, llevaremos a cabo todas las medidas posibles para evitar los mismos".

NOVENO.- El 30 de julio de 2016 la Junta Directiva aprueba con carácter extraordinario que sea FRADARIAS quien se haga cargo, como venía haciéndolo, de la restauración del Club por un plazo prorrogado de 30 días naturales. El acuerdo no llega a firmarse al no aceptar RCNGC las condiciones de FRADARIAS.

DÉCIMO.- El RCNGC hace saber a sus socios el 31 de julio que el 1 de agosto el servicio de Bar Restaurante permanecería cerrado hasta nuevo aviso.

DÉCIMOPRIMERO.- Al vencimiento del contrato la plantilla de FRADARIAS la integraban 23 trabajadores.

DÉCIMOSEGUNDO.- El 20 de julio de 2016 FRADARIAS entregó a cada uno de los trabajadores escrito informándoles de la extinción de su contrato de arrendamiento con RCNGC y de que a partir del 1 de agosto de 2016 "su empleador pasará a ser el titular de tal industria es decir el RCNGC en su condición de propietario y titular de tal industria de Bar- Cafetería - Restaurante, ignorándose al día de la fecha ... si el RCNGC volverá a ceder a un tercero la explotación de tal industria...".

DÉCIMOTERCERO.- Cumplimentado el requerimiento de RCNGC, FRADARIAS con fecha 26 de julio de 2016 le remitió documentación de los trabajadores - 2 últimas nóminas, TC1- TC2, certificado laboral desde 2013, certificado de estar al corriente en la Seguridad Social.

DÉCIMOCUARTO.- RCNGC impide a los trabajadores acceder a sus instalaciones el 1 de agosto de 2016.

DÉCIMOQUINTO.- A través de escrito dirigido el 1 de agosto de 2016 a RCNGC, los trabajadores interesan se les aclare su situación laboral.

No reciben respuesta.



DÉCIMOSEXTO.- Los trabajadores presentan ante el SEMAC papeleta de conciliación por **despido**.

DECIMOSÉPTIMO.- Abierta nueva licitación para la adjudicación de los servicios de restauración del RCNGC, finalmente resultó adjudicataria la mercantil GESTIÓN TORVISCAS S.L.

DÉCIMO OCTAVO.- El RCNGC y GESTIÓN TORVISCAS S.L., suscriben el 8 de septiembre de 2016 "contrato mercantil de servicios profesionales de restauración dentro de las instalaciones que a estos efectos tiene el RCNGC".

En la estipulación tercera se hace constar: "... el inventario además de comprender todas las pertrechas y enseres, principales y accesorios, necesarios para la realización de la actividad objeto de la concesión, deberá especificar los diferentes elementos contenidos en las diversas instalaciones...", "incorporándose a este contrato en forma de Anexo I"...

En la estipulación séptima se hace constar:

"La entidad GESTIÓN TORVISCAS S.L., realizara la inversión que fuese necesaria, según el criterio de la concesionaria, en relación a la maquinaria precisa para el correcto funcionamiento de las instalaciones.

El RCNGC realizará a su costa las obras, reparaciones y mantenimiento preciso para la puesta en marcha y fumigación durante la vigencia del presente contrato.

Dada la importante inversión que debe realizar el concesionario en maquinaria para poder desarrollar el contrato, las partes pactan expresamente que dicha inversión se compensa con una reducción de 1000 € mensuales en la renta pactada en este contrato, y esa reducción se aplicará hasta que transcurra el plazo de 6 años, desde el pago de la primera de las rentas, momento en que se entenderá amortizada la inversión y RCNGC pasara a ser propietario de la maquinaria aportada por el concesionario.

En el caso de que por cualquier circunstancia el contrato o sus prórrogas no llegasen a la duración de seis años..., el RCNGC podrá optar entre quedarse la maquinaria instalada, y abonar el importe de la misma en proporción a la inversión realizada, que justificará debidamente la empresa concesionaria con las facturas oportunas, descontándose la bonificación de los 1000 euros mensuales de la reducción en el alquiler..."

DÉCIMO NOVENO.- En "auditoría mensual periódica" realizada el 28 de julio de 2016 se anexas para ilustración imágenes y se pormenorizan los incumplimientos del articulado de las normativas básicas de aplicación en el sector "que se incluyen de forma habitual en la auditoría mensual".

VIGÉSIMO.- Entre los días 4 y 26 de agosto empresa especializada en limpieza y medio ambiente realizó "limpieza extraordinaria" de las cocinas de RCNGC.

En la zona de barra del restaurante principal, rodando los mantenedores de botellas y limpiando los armarios se encontró gran cantidad de basura de los bajos y en el interior de alguna de ellas, la mayor dificultad de concentró en las cocinas del bar piscina general, en particular en los elementos propios: mantenedores, freidoras, hornos, campanas extractoras y bajos de las mesas de trabajo.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Todas las instalaciones y maquinaria de bar-restaurante en piscinas y bar en planta principal se compraron y eran "absolutamente" nuevas a fecha 10 de septiembre de 2016, fecha en que GESTIÓN TORVISCAS inició los servicios de bar-restaurante en la zona de piscina y el servicio de bar en la planta principal.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Dieciséis de los trabajadores que reclamaban por **despido** fueron subrogados por GESTIÓN TORVISCAS S.L., con fecha 8 de septiembre de 2016, al aceptar, con las reservas que constan en acta, la oferta empresarial ante el SEMAC.

VIGÉSIMO TERCERO.- D. Isaías González Gordillo, Letrado del Sindicato CCOO aparece en las actas de conciliación ante el SEMAC asistiendo a nueve de los trabajadores afectados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La convicción de la Sala expresada en cada uno de los hechos declarados probados es el resultado de la valoración de las siguientes pruebas (muchas de ellas obrantes en mas de un ramo por lo que se evita reiteraciones):

Primero.- Documento nº2 RCNGC.

Segundo, Tercero, Cuarto y Quinto.- Documento nº3 RCNGC.

Sexto.- Documento nº4 y 5 RCNGC

Séptimo.- Documento nº6 RCNGC bloque 2º folios 32 a 43 FRADARIAS.

Octavo.- Bloque 2, folios 47 a 49 FRADARIAS

Noveno.- Bloque 2, folio 50 FRADARIAS

Décimo.- Documento nº 15 RCNGC.

Décimo primero.- Bloque 3, folio 118 FRADARIAS

Décimo segundo.- Bloque 3, folios 79 a 102 FRADARIAS

Décimo tercero.- Bloque 3, FRADARIAS

Décimo cuarto - Décimo quinto.- Conformidad

Décimo sexto.- Bloque 4º, folios 403 a 411 FRADARIAS

Décimo séptimo.- Documento nº9 RCNGC.

Décimo octavo.- Documento nº10 RCNGC.

Décimo noveno.- Documento nº12 RCNGC.

Vigésimo.- Documento nº13 RCNGC.

Vigésimo Primero.- Documento nº16 RCNGC.

Vigésimo Segundo y Vigésimo Tercero.- Documento nº2 GESTIÓN TORVISCAS

SEGUNDO.- Al vencimiento del contrato de arrendamiento del negocio de restauración FRADARIAS se desvincula de sus trabajadores haciéndoles saber que RCNGC los subrogaría, pero el Club, desentendiéndose de toda responsabilidad laboral, se ----- a negarles la entrada a sus instalaciones.

Entendiéndose despedidos los trabajadores ejercitan las oportunas acciones individuales.

Paralelamente, la Federación de Servicios de CCOO interpone el 8 de agosto de 2016 "demanda de impugnación de la decisión empresarial de **despido colectivo** y de reconocimiento del derecho de subrogación", origen de los presentes autos, dirigiéndola contra FRADARIAS , sus socios, y el RCNGC; suplicando el dictado de sentencia "por la que se reconozca el derecho de los trabajadores despedidos a ser subrogados por El Real Club Náutico de Gran Canaria condenando a la misma a estar y pasar por tal pronunciamiento en los términos del artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1195, de 24 de marzo , ..., declarando la nulidad de la decisión extintiva y decretando la reincorporación a sus puestos de trabajo de los trabajadores afectados con el abono de los salarios dejados de percibir o, subsidiariamente en caso de no reconocer la subrogación empresarial, declarar la nulidad de los **despidos**, condenando a Fradarias Alimentación SCP a la inmediata readmisión de los trabajadores afectados con el abono de los salarios dejados de percibir o subsidiariamente se declare la improcedencia de los **despidos** con todos los derechos inherentes a dicha pronunciamiento".

Con fecha 20 de septiembre de 2016 amplía la demanda contra Gestión Torviscas S.L., entidad que desde el 8 de septiembre de 2016 presta el servicio de restauración al Club.

TERCERO.- Procede aclarar en primer término, a efectos de centrar el objeto de litigio, que pese a la redacción del suplico, que pudiera sugerir una acumulación indebida de acciones, ex artículo 26 LRJS - demanda de impugnación de **despido colectivo** y declarativa del derecho a la subrogación - , lo que se está solicitando es la nulidad del **despido** única y exclusivamente y para resolver sobre la acción ha de identificarse previamente al sujeto empleador. En este caso, con carácter principal, se pide la condena del RCNGC al entender la demandante que el Club ha sucedido a Fradarias y al no subrogar a los trabajadores ha de responsabilizarse de su decisión y de la situación de desamparo en la que se encuentran sumidos, lo que obliga a considerar en este procedimiento si se ha producido o no dicha sucesión.

En este sentido SAN 24 de enero de 2017 (rec. 124/2014) F.J. 7º.

Como dijimos en sentencia de 18 de diciembre de 2014 (rec. 1119/2014) lo que se está planteando es una cuestión "conexa", que ha de resolverse con el carácter de "cuestión previa" o de "cuestión prejudicial interna" necesaria para poder establecer la consecuencia del **despido**, como ocurre cuando en un proceso de esta clase se introduce discusión sobre la existencia de cesión ilegal, el importe del salario, la antigüedad real, la categoría profesional, el carácter temporal o indefinido del vínculo, la existencia de grupo laboral de empresas, etc., cuestiones que han de resolverse necesariamente en dicho proceso, sin que ello imponga al ejercicio de otras acciones distintas a la de **despido**, ni su acumulación indebida a ésta (STS 12 de febrero de 2008 , RJ 2008/3026).

CUARTO.- El RCNGC y Gestión Torviscas S.L. excepcionan falta de legitimación activa de la Federación de Servicios de CCOO para ejercitar la acción de **despido colectivo** en este caso, al no concretar su nivel de representatividad en el ámbito del conflicto.

La legitimación activa en los procesos de **despido colectivo** regulados en el artículo 124 LRJS se concede, en el supuesto de que la impugnación sea formulada por los representantes sindicales, a aquellos que tengan implantación suficiente en el ámbito del conflicto **colectivo**.

La norma no dice qué debe entenderse por "implantación suficiente", sin embargo, la doctrina científica ha venido asumiendo que tal expresión debe ser entendida acudiendo a la legitimación de los sindicatos para interponer conflicto **colectivo**, y el Tribunal Supremo, sometiendo a examen los artículos 124, 17.2 y 155 LRJS, 7 CE y 13 LEC, afirma que el legislador tiene una actitud "proactiva" respecto a la intervención procesal de los sindicatos, cuando de intereses **colectivos** se trate, para favorecer el cumplimiento de su función constitucional (STS 20 de julio de 2016 , RJ 2016/3570, con cita de SSTS 28 de enero de 2015, rec. 16 y 35/2014).

Por su parte, la STS 23 de febrero de 2015 (RJ 2015/1012) reconoce legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios a los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trata.

A partir de lo expuesto, siendo así que nueve de los trabajadores afectados por la decisión extintiva impugnada parecen afiliados o próximos al sindicato CCOO como lo indica el hecho de que D. Isaías González Gordillo, Letrado del Sindicato, aparezca asistiéndoles ante el SEMAC en los actos de conciliación de sus **despidos**, se afirma la legitimación actora del Sindicato para promover el proceso del artículo 124 LRJS, al acreditar implantación suficiente en el ámbito del conflicto.

QUINTO.- El RCNGC y Gestión Torviscas S.L., excepcionan falta de acción sobrevenida al haber subrogado la nueva adjudicataria a dieciséis de los veintitrés trabajadores afectados, por lo que no existe **despido colectivo**.

Ejercitándose en el presente litigio un interés **colectivo** que trasciende al individual de los afectados, la posible satisfacción del interés individual de una parte del **colectivo** no provoca la pérdida sobrevenida de su objeto.

En nuestro ordenamiento jurídico, el **despido** del trabajador tiene efectos constitutivos y produce la extinción del contrato desde su fecha. Se trata de una resolución contractual extrajudicial, de suerte que la extinción del contrato se produce en el momento del **despido**, y no cuando se dicta la sentencia que resuelve sobre su calificación jurídica (STS 27 de abril de 2016 , RJ 2016/2420).

Lo que con carácter principal persigue el Sindicato CCOO con su demanda es que se declare que la negativa de RCNGC a asumir a los trabajadores de Fradarias que prestaban servicios de restauración en el Club al vencimiento del contrato de arrendamiento de industria constituye **despido colectivo** que, al no observar el procedimiento legal, ha de calificarse como nulo con derecho de los afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo .

Subsidiariamente, interesa la calificación de **despido** nulo de la decisión de Fradarias de poner fin a su relación con los trabajadores sin más so pretexto de ser subrogados por RCNGC, con asunción de las responsabilidades inherentes al pronunciamiento.

Es decir, en ambos casos se persigue una reposición al estado de cosas que debió existir a 1 de agosto de 2016.

El hecho de que Gestión Torviscas S.L., haya subrogado solo a una parte importante de los trabajadores y limitando sus efectos 8 de septiembre de 2016, no existiendo un reconocimiento o aceptación del hecho mismo del **despido** y menos aún de su nulidad y por tanto de sus consecuencias, supone que el interés que encierra la demanda no ha sido colmado o satisfecho y, por tanto, la excepción opuesta deviene improsperable.

SEXTO.- Una tercera excepción hace valer el RCNGC, su falta de legitimación pasiva, al no existir vínculo laboral con los trabajadores afectados.

El RCNGC no se está refiriendo a una falta de legitimación "ad procesum", que indudablemente posee, sino a una falta de legitimación "ad causam" que sólo podrá encontrar respuesta entrando a conocer sobre si ha ocupado la posición de empresario en la relación jurídico laboral de los trabajadores despedidos, que insiste en negar.

SÉPTIMO.- La situación de desamparo en la que se encuentran los trabajadores de Fradarias en las instalaciones del RCNGC a fecha 1 de agosto de 2016, expuesta con reiteración, no puede recibir otra calificación que la de **despido**.

El **despido**, al afectar a los veintitrés trabajadores integrantes en esos momentos de la plantilla, es un **despido colectivo** (artículo 51.1 ET) y debió seguir el procedimiento específico (artículo 51.2 ET).



Su inobservancia comporta que se declare nula la decisión extintiva (artículo 124.11 LRJS).

Acerca de la realidad del **despido** no existe controversia ésta gira en torno al sujeto responsable.

Son tres los codemandados: FRADARIAS, RCNGC y GESTIÓN TORVISCAS.

Tienen en común la restauración en las instalaciones del Club.

Los locales y equipos indispensables para la prestación del servicio son propiedad del RCNGC (como se verá la inversión de Gestión Torviscas en maquinaria es irrelevante atendida la amortización de su importe por RCNGC, de conformidad con la estipulación séptima de su contrato).

RCNGC cedió su gestión a FRADARIAS a través de un contrato de arrendamiento de industria. Se hizo entrega de instalaciones destinadas a la prestación de los servicios de restauración y cafetería, con todos los servicios anejos - instalación de cocina, fregaderos. economatos y frigoríficos - así como toda la maquinaria, utillaje, instalaciones fijas y portátiles complementarias y la relación de objetos contenidos en un inventario anexo al contrato, pasando a FRADARIAS por subrogación los trabajadores del anterior arrendatario en la explotación de la industria.

FRADARIAS explotó el negocio en el período 1 de agosto de 2013 a 1 de agosto de 2016, fecha de vencimiento del contrato.

RCNGC ha cedido su gestión a GESTIÓN TORVISCAS a través de contrato mercantil de servicios profesionales de restauración formalizado el 8 de septiembre de 2016, y aunque se pactó que Gestión Torviscas realizaría la inversión en maquinaria que fuera necesaria para el correcto funcionamiento de las instalaciones, ya se ha dicho que se pactó que la inversión se amortizaría de modo que la propiedad al finalizar el contrato pasaría a RCNGC.

Al vencimiento de su contrato FRADARIAS hizo entrega a RCNGC de las instalaciones y equipos integrantes de "la industria" arrendada y de una relación con los trabajadores que en ese momento prestaban servicios en las instalaciones.

La determinación del sujeto responsable del **despido** pasa por el examen de si, atendidas las circunstancias concurrentes, existe o no sucesión empresarial.

Lo que RCNGC arrendó a FRADARIAS el 1 de agosto de 2013 fue un negocio en marcha, "susceptible de ser explotado inmediatamente" - como consta en el propio contrato y lo que se produce a su término es la reversión de ese negocio a su titular, el Real Club Náutico de Gran Canaria.

La reversión instrumenta la transmisión de la entidad organizada de forma estable.

El supuesto tiene encaje preciso en el fenómeno contemplado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (2.".....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 un a actividad económica, esencial o accesoria").

No representa obstáculo para alcanzar tal conclusión el estado en el que fueron entregadas instalaciones, maquinaria y anexos, ni el hecho de que el Club no continuara la actividad en espera de nuevo adjudicatario.

Tenemos por acreditado que, recepcionados por Real Club Náutico de Gran Canaria instalaciones y maquinaria, se llevó a cabo por empresa especializada una limpieza extraordinaria de las mismas, lo que no podemos tener por probado es que la reversión fuera de instalaciones y maquinaria inservible por su lamentable estado de conservación que impidiera su explotación inmediata, obligando a su íntegra reposición con la consecuente inversión.

Tratándose de instalaciones y maquinaria existente en el propio Club, a la vista de los Socios y Junta Directiva, y sometido a "auditoría mensual periódica" resulta impensable que de haber sido así, el R.C.N.G.C. animara a FRADARIAS a participar en la licitación e, inclusive, una vez expirado el contrato por vencimiento, le propusiera su prórroga por dos meses.

Al informe técnico elaborado por el Gerente de una empresa de maquinaria de hostelería, obrante en el ramo de prueba de Gestión Torviscas S.L. y ratificado en el acto de juicio, no se otorga valor probatorio. Se realiza tras girar visita el 4 de septiembre de 2016 a las cocinas del R.C.N.G.C. con el fin de evaluar el estado de sus equipos e instalaciones, y con reiteración refiere la suciedad, grasa y cucarachas encontradas, lo que resta credibilidad a cuanto en el informe consta, pues entre los días 4 y 26 de agosto se había efectuado su limpieza extraordinaria. Esta empresa de maquinaria de hostelería es la que seguidamente surtió a R.C.N.G.C.



Pero es que además, ya en los dos burofax de 31 de diciembre de 2015 y 12 de abril de 2016 a través de los que R.C.N.G.C. comunicó a FRADARIAS su voluntad de no renovar el contrato el Club ya se refería al "proyecto de reforma de las instalaciones de las cocinas"; y en comunicado de 29 de julio de 2016 el R.C.N.G.C. a través de su web refiere que "las cocinas van a ser objeto de una profunda reforma y modernización"; inclusive. En ese comunicado el R.C.N.G.C. hace saber que el 1 de agosto de 2016, a falta de licitadores, el propio Club pasaría a explotar el servicio de restauración y pedía disculpas por las molestias que aquellas obras pudieran ocasionar.

Es decir, no es que lo revertido no fuera susceptible de explotación, es que desde antes de finalizar el contrato con FRADARIAS ya era voluntad de la propiedad, R.C.N.G.C., cambiar en su integridad las instalaciones y maquinaria - instalaciones y maquinaria de las que desconocemos su data - y esa pretensión, por muy loable que sea, ningún impedimento puede suponer para apreciar la realidad de la sucesión empresarial.

De otro lado, finalizado el contrato con FRADARIAS y recepcionada la "unidad productiva"; lo que acto seguido decida R.C.N.G.C. hacer con ella, seguir gestionándola a través de terceros, gestionarla directamente o poner fin a la actividad - el relato fáctico informa de que todas estas opciones se consideraron por R.C.N.G.C. - , es irrelevante a efectos sucesorios.

Pues bien, afirmada la sucesión empresarial, y puesto que el cambio de titularidad de una empresa no extingue por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los contratos de trabajo en los amplios términos previstos en el apartado 1 artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , procede atribuir la responsabilidad del **despido colectivo** a R.C.N.G.C. al negarse a asumir a los trabajadores de FRADARIAS en sus instalaciones como propios.

OCTAVO.- Declarado nulo el **despido colectivo**, la sentencia ha de declarar el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto (artículo 124.11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

Ahora bien, ocurre que el 8 de septiembre de 2016 Gestión Torviscas contrata con R.C.N.G.C. la prestación de servicios profesionales de restauración en las instalaciones del Club.

Gestión Torviscas recibe instalaciones y maquinaria del R.C.N.G.C. para llevar a cabo su prestación y compra todo aquello que pudiera ser necesario con tal propósito, pactando que su importe se iría compensando con una reducción mensual de la renta, hasta amortizar la inversión, pasando la maquinaria a ser propiedad del Club.

Gestión Torviscas, dice que por imperativo convencional - artículo 60 V ALEH - , subroga a diecisiete de los trabajadores que, afectados, habían reclamado contra su **despido** individualmente.

La cuestión es si estamos ante una subrogación convencional, como sostiene la empresa, o ante una subrogación legal, distinción relevante en orden a sus consecuencias.

Dice el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que para determinar si concurren los requisitos para la transmisión de una entidad organizada de forma estable en el sentido de la Directiva 77/187, de la que es trasposición el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (consecuentemente para conocer si estamos ante una sucesión legal), hemos de tomar en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, y que para ello debemos tener en cuenta el tipo de empresa o de centro de actividad concernido.

En su sentencia de 20 de noviembre de 2003 - Cosa Carlito Abdler/ Sodexho (TJCE 2003/386) se analiza si era aplicable la Directiva a una situación en la cual una entidad, que había encargado, mediante un contrato, la gestión completa de la restauración colectiva de un hospital a un primer empresario, pone fin al citado contrato y celebra, para la realización de la misma prestación, un nuevo contrato con un segundo empresario, cuando el segundo empresario, por un lado, utiliza importantes elementos de activos corporales anteriormente utilizados por el primer empresario, y puestos a su disposición después por la entidad contratante y, por otro lado, se niega a hacerse cargo de los trabajadores del primer empresario. Y esa sentencia mantiene: "...la restauración colectiva no puede considerarse como una actividad que se base esencialmente en la mano de obra, en la medida en que exige más equipos importantes..... La transmisión de los locales y de los equipos, puestos a disposición por el hospital, que es indispensable para la preparación y la distribución de las comidas a los pacientes y al personal del hospital, basta para caracterizar, en estas circunstancias, la transmisión de la actividad económica. Además, es evidente que el nuevo adjudicatario se ha hecho cargo necesariamente de la clientela de su antecesor, por tener ésta carácter cautivo."

En suma, la actividad de restauración colectiva se basa esencialmente en el equipamiento.

Del contrato suscrito por GESTIÓN TORVISCAS con RCNGC resulta:



1.- Que el Club puso a disposición de la concesionaria además de las Instalaciones, "pertrechos y enseres, principales y accesorios necesarios para la realización de la actividad objeto de la concesión." Desconocemos su detalle porque ni el Real Club Náutico de Gran Canaria ni Gestión Torviscas aportan el Inventario, que debería obrar unido al contrato como Anexo I - estipulación tercera.-

2.- Que las partes pactan una reducción de la Renta Mensual del contrato en 1.000 € con objeto de cubrir la inversión de la concesionaria en maquinaria, amortizándose en los seis años previstos para la duración del contrario, al término de los cuales la maquinaria pasaría a propiedad del RCNGC.

Llama la atención que se convenga una inversión de 78.000 € sin previo presupuesto y se deje al criterio de la concesionaria. ("maquinaria precisa para el correcto funcionamiento de las instalaciones"), y más aún que se convenga para el caso de que por cualquier circunstancia el contrato o sus prórrogas no llegasen a la duración de seis años que "el R.C.N.G.C. podrá optar entre quedarse la maquinaria instalada, y abonar el importe de la misma en la proporción a la inversión realizada, que justificaran debidamente la empresa concesionaria con las facturas oportunas, descontándose la bonificación de los 1.000 euros mensuales de la reducción en el alquiler " (estipulación séptima), y no aparezca cual sea el otro término de la opción, es decir, si el R.C.N.G.C. decidiera no quedarse con la maquinaria lo que nos lleva a entender que lo querido es que en todo caso la maquinaria adquirida pase a propiedad del Real Club Náutico de Gran Canaria y sea el Club el que de una u otra forma pague su precio.

Gestión Torviscas aporta dos contratos, no firmados ni sellados, de compra de maquinaria de hostelería que aparecen fechados el 30 de septiembre de 2016 y 11 de octubre de 2016. En estos documentos aparece el pago fraccionado en pagarés, de los que tampoco existe rastro. Esta es la única prueba de una posible inversión.

Si se diera valor probatorio a los documentos, atendida su data, resultaría que la actividad de Gestión Torviscas pudo iniciarse y con éxito el 10 de septiembre de 2016 sin necesidad de aquella maquinaria en el bar - restaurante en la zona de piscina y el servicio de bar en la planta principal, con "todas las instalaciones de cocina y maquinaria absolutamente nuevas" puestas a su disposición por el Real Club Náutico de Gran Canaria.

En cualquier caso, entendemos que los términos en que se estipula la inversión en maquinaria evidencian la titularidad de RCNGC al margen del "pago adelantado" realizado por Gestión Torvisca.

Concurre transmisión de instalaciones y equipos indispensables para la prestación del servicio de restauración y en consecuencia es este un supuesto de sucesión empresarial del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores .

NOVENO.- Dispone el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en su apartado Tercero, "el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por acto inter vivos, responderán solidariamente de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas."

Analizando la previsión legal, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2016 (JUR 2017/734) afirma que "la expresión que utiliza el legislador no se restringe simplemente a las obligaciones pecuniarias que no hubieran sido satisfechas por la empresa cedente - deudas por salario o indemnizaciones - sino que abarca todas "las obligaciones laborales nacidas con anterioridad", entre las que sin duda se encuentran las que puedan derivarse de un **despido** (disciplinario) anterior" - "todas" las derivadas de la eventual declaración de improcedencia o nulidad de un **despido** anterior a la sucesión y que no hubieran sido satisfechas.-

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación.

FALLAMOS

Estimamos la demanda interpuesta por la FEDERACION DE SERVICIOS DE CCOO contra FRADARIAS ALIMENTACION SCP, Jose Luis , Carlos Manuel , Luis Pedro , María y REAL CLUB NAUTICO DE GRAN CANARIA y GESTIÓN TORVISCAS S.L., declaramos nulo el **despido colectivo** de los trabajadores procedentes de Fradarias Alimentación SCP., y condenamos solidariamente a Real Club Náutico de Gran Canaria y Gestión Torviscas S.L. a la reincorporación a su puesto de trabajo de los afectados de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3, artículo 123 LRJS , y absolvemos a FRADARIAS ALIMENTACIÓN SCP., y a las personas físicas codemandadas que la integran.

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, y al Ministerio Fiscal, en su caso, y adviértaseles que contra esta sentencia cabe Recurso de Casación ordinario, que se preparará por las partes por comparecencia, por escrito o por mera manifestación ante esta Sala de lo Social dentro de los CINCO DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 208 y 209 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre Reguladora de la Jurisdicción Social .



Para su admisión será indispensable que 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 efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, si ha hubiere, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en la entidad de crédito del SANTANDER c/c nº 3537/0000/66/0023/16, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Remítase testimonio a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese otro testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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