



Roj: **STSJ M 11498/2013 - ECLI: ES:TSJM:2013:11498**

Id Cendoj: **28079340052013100710**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **29/07/2013**

Nº de Recurso: **28/2013**

Nº de Resolución: **720/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 11498/2013,**  
**STS 3028/2015**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**SALA DE LO SOCIAL-SECCION 5ª**

**MADRID**

**Sentencia nº 720**

**Ilma. Sra. Dª Begoña Hernani Fernández**

**Presidente**

**Ilma. Sra. Dª. Aurora de la Cueva Aleu**

**Ilma. Sra. Dª Alicia Catalá Pellón.**

**En Madrid, a veintinueve de julio de dos mil trece.**

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A N º**

En la demanda nº **28/2013-5ª**, interpuesta por D. Ezequias , D. Marino , Dª Alicia , D. Jose Miguel , D. Aurelio representantes legales de los trabajadores de la HOSTELERIA UNIDAD DOS, S.A.U, contra HOSTELERÍA UNIDA DOS S.A.U e INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA-MINISTERIO DE INDUSTRIA ENERGÍA Y TURISMO-. Ha actuado como Ponente la Ilma. Srª. Dª. Begoña Hernani Fernández.

#### **ANTECEDENTES DE HECHOS**

**PRIMERO.-** Que con fecha 19 de febrero de dos mil trece tuvo entrada en esta Secretaría demanda presentada por D. Ezequias , D. Marino , Dª Alicia , D. Jose Miguel , D. Aurelio en calidad de representantes legales de los trabajadores contra HOSTELERÍA UNIDA DOS S.A.U e INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA-MINISTERIO DE INDUSTRIA ENERGÍA Y TURISMO-.

Admitida la demanda a trámite mediante Decreto de fecha 14 de febrero de dos mil trece se señala para el juicio el 21 de mayo de dos mil trece.



En escrito de fecha 11 de marzo de dos mil trece el Letrado D. Rafael Rico Rodríguez al amparo de lo dispuesto en el artículo 29 de la LRJS, interesa la acumulación del Proceso nº 33/2013 seguidos ante la Sección 1ª de la Sala de lo Social de este Tribunal e instados por la Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras (CCOO, al presente presente número 28/13.

Con fecha 19 de marzo de dos mil trece se dictó auto por el que se procede a la acumulación de la demanda 33/13, a la demanda 28/13, dejándose sin efecto el señalamiento del 21 de mayo de 2.013, fijándose una nueva fecha de señalamiento recayendo en el día 3 de junio de 2.013

**SEGUNDO.-** Mediante diligencia de ordenación de fecha 30 de abril se señaló nuevamente para juicio el día dos de julio de dos mil trece, celebrándose con el resultado que consta en el Acta levantada al efecto.

**TERCERO.-** Que en la tramitación de los presentes autos se han observado los trámites legales.

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** En 21 Enero de 2008 la empresa Hostelería Unida Dos, S.A.U. (en adelante HUSA DOS S.A.) y el Instituto de Turismo de España de la Secretaria de Estado de Comercio y Turismo, (en adelante TURESPAÑA) suscribieron contrato para la explotación del negocio de Hostelería en el Palacio de Congresos de Madrid, adjudicando la misma a la empresa citada, a la que están adscritos 37 trabajadores, afectando, el presente procedimiento, a la totalidad de los mismos, que prestan servicios en el servicio de restauración del Palacio de Congresos del Madrid.

**SEGUNDO.** - El pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación de los servicios de restauración del Palacio de Congresos de Madrid, recogía en sus disposiciones generales, que el objeto del mismo, era la realización de los servicios de restauración del Palacio de Congresos de Madrid durante el plazo en el fijado, y que dicho contrato tenía carácter de contrato administrativo especial, y en el mismo pliego se recogía en el apartado VI referido a "Suspensión de la ejecución del contrato por realización de obras de remodelación" lo siguiente: " Para el caso de realización de las proyectadas obras de remodelación del Palacio de Congresos de Madrid, cuya ejecución supusiera la imposibilidad material de desempeñar de manera ininterrumpida los servicios de restauración objeto de este contrato, se acepta expresamente por ambas partes la suspensión de efectos del contrato, con renuncia explícita a reclamar cualquier pago en concepto de indemnización por razón de la eventual concurrencia de esta circunstancia, con cesación, por tanto, de las respectivas obligaciones de prestación del servicio y abono de los cánones y demás prestaciones accesorias..... " prestando el contratista su conformidad al Pliego de Cláusulas Administrativas particulares, sin hacer salvedad alguna.

**TERCERO.-** El 14 de julio de 2010, se firma entre la mismas partes anteriormente citadas, resolución de mutuo acuerdo del contrato de concesión del servicio de restauración, constanding, entre otras cosas, en el mismo, "no obstante producirse los efectos jurídicos propios de la resolución una vez que se formalice el acuerdo de resolución entre ambas partes, y desde la fecha señalada expresamente en el apartado cuarto de este acuerdo de autorización, se dispone la continuidad en la prestación del servicio por la misma empresa hasta el momento adjudicatario, durante un periodo provisional que finalizará en el momento en que se adjudique el eventual nuevo contrato para la prestación del mismo servicio, a un nuevo contratista por el procedimiento correspondiente de conformidad con lo previsto en la vigente Ley de 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; o bien, alternativamente, y en un plazo lo más breve posible, se decida, en su caso, el cierre del Palacio de Congresos o el cese definitivo de la actividad.

El establecimiento de un período transitorio resulta beneficioso para el interés público cuyo ámbito de actuación gestiona institucionalmente este Organismo, mediante la explotación del Palacio, hasta que se adjudique un nuevo contrato. Por analogía de la prestación y razón de la inmediatez de la necesidad de prestación de los servicios, se considera conveniente que sea el mismo contratista el que continúe encargado de la prestación de este servicio de forma transitoria.

La resolución del contrato por mutuo acuerdo a instancia del contratista, no modifica las obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo del adjudicatario; en concreto, la de hacer frente con todos sus efectos legales, según se deriva de lo dispuesto en el Reglamento General de Recaudación, al calendario de pagos establecido como consecuencia de la concesión, ya otorgada por este Organismo, del aplazamiento y fraccionamiento, en 36 mensualidades según resolución administrativa adoptada al efecto, de la deuda de HUSA, actualmente existente y derivada de la ejecución del contrato.

Teniendo en cuenta el tiempo que ha transcurrido desde que se solicitó el aplazamiento concedido, que, a su vez, el contratista ha venido cumpliendo con el correspondiente calendario de pagos que provisionalmente le fue establecido, que ante la circunstancia constatada de su situación económica había solicitado dicho



contratista la resolución del contrato en varias ocasiones con anterioridad, y que además ofrece actualmente el compromiso de garantizar la continuidad del servicio durante el tiempo necesario mientras se tramita un nuevo procedimiento de contratación, se acuerda que los efectos de esta resolución motivada por mutuo acuerdo se produzcan desde el día 1 de junio de 2010, y en ese sentido se apliquen unas condiciones de canon consistentes, únicamente, con la obligación de abonar únicamente el 5 % del total de las ventas de restauración, con carácter mensual, a partir del día 1 de junio de 2010, hasta que se ultime la tramitación de un nuevo procedimiento, o se acuerde el cese objetivo de la actividad.

Con carácter inmediato a la formalización mediante el correspondiente acuerdo bilateral firmado por ambas partes, de la resolución de mutuo acuerdo del contrato, se iniciarán por este Organismo los trámites específicos dirigidos a la sustanciación del correspondiente procedimiento de contratación con el fin de adjudicar un nuevo contrato para la prestación de los servicios de restauración del Palacio, o alternativamente los trámites que en su caso resultaren necesarios para valorar y eventualmente acordar el cese de la actividad del Palacio.

Una vez se tramite un nuevo procedimiento o se decida lo que proceda respecto al funcionamiento del Palacio de Congresos, y por tanto se disponga de una fecha cierta para poner fin al compromiso del contratista de garantizar transitoriamente la continuidad del servicio, se procederá, en el plazo máximo de un mes desde que finalice este periodo transitorio, a la devolución de la garantía constituida.

Ambas partes formalizarán en el plazo máximo de diez días hábiles el documento administrativo correspondiente, de resolución contractual por mutuo acuerdo, sobre la base de las condiciones autorizadas.

El presente acuerdo podrá ser impugnado en el plazo de dos meses ante el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley reguladora de dicha jurisdicción."

**CUARTO.-** Con fecha 22-julio de 2010 se suscribe de nuevo, entre las codemandadas, el siguiente acuerdo:

"PRIMERA.- Se acuerda la resolución por mutuo acuerdo entre las partes y a instancia del contratista el contrato "SERVICIO DE RESTAURACIÓN DEL PALACIO DE CONGRESOS DE MADRID" (expediente número NUM000 ), adjudicado en su día a la entidad mercantil HUSA.

SEGUNDA.- Una vez formalizado el acuerdo de resolución entre ambas partes, se dispone la continuidad en la prestación del servicio por HUSA desde la fecha señalada expresamente en la cláusula cuarta de este documento, durante un periodo provisional que finalizará en el momento en que se adjudique el eventual nuevo contrato para la prestación del mismo servicio, a un nuevo contratista por el procedimiento correspondiente de conformidad con lo previsto en la vigente Ley de 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; o bien, alternativamente, y en un plazo lo más breve posible, se decida, en su caso, el cierre del Palacio de Congresos o el cese definitivo de la actividad.

TERCERA.- La resolución de este contrato por mutuo acuerdo no modifica las obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo del adjudicatario; en concreto, la de hacer frente con todos sus efectos legales, según se derivan de lo dispuesto en el Reglamento General de Recaudación, al calendario de pagos establecido como consecuencia de la concesión ya otorgada por éste Organismo del aplazamiento y fraccionamiento, en 36 mensualidades, según resolución administrativa adoptada al efecto, de la deuda de HUSA, actualmente existente y derivada de la ejecución del contrato.

CUARTA.- Los efectos de esta resolución por mutuo acuerdo se producirán desde el día 1 de junio de 2010, y en ese sentido se aplicarán unas condiciones de canon consistentes en la obligación de abonar únicamente el 5 % del total de las ventas de restauración a partir del día 1 de junio de 2010, con carácter mensual, hasta que se ultime la tramitación de un nuevo procedimiento, o se acuerde, en su caso, el cese de la actividad.

QUINTA.- Una vez se disponga de una fecha cierta para poner fin al compromiso del contratista de garantizar transitoriamente la continuidad del servicio, se procederá a la devolución de la garantía constituida, en un plazo máximo de un mes, desde que finalice el citado periodo transitorio.

SEXTA.- En todo lo no expresamente pactado en el presente documento, durante el periodo transitorio, se estará a lo dispuesto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que forman parte integrante del contrato original" ninguna causa de finalización expuesta, recogidas en el citado Acuerdo, a día de hoy, se ha producido.

**QUINTO.-** El Instituto de Turismo de España (TURESPAÑA) ha sacado a licitación la explotación del servicio de restauración del Palacio de Congresos de Madrid, con posterioridad a las fechas anteriormente citadas, años 2011 y 2012 habiendo quedado en las dos ocasiones desierta la licitación.

**SEXTO.-** La mercantil HUSA DOS S.A. comunicó a todos los trabajadores adscritos al centro de trabajo, Palacio de Congresos de Madrid, que no se prestarían mas servicios desde el 27-12-2012, al habersele notificado



por TURESPAÑA, el día 21 de diciembre 2012, la suspensión de la actividad del Palacio, por causas técnicas, situación que se mantiene en la actualidad.

**SEPTIMO.-** Con fecha 2 de Enero de 2013 la mercantil demandada comunicó al Comité de Empresa de la misma, su intención de solicitar ante la Autoridad Laboral la autorización para suspender los contratos de los 37 trabajadores adscritos a dicho centro de trabajo, alegando la suspensión temporal de las actividades del Palacio de Congresos, dispuesta por el Instituto de Turismo de España.

**OCTAVO.-** Se inicio un periodo de consultas, y mantenidas diversas reuniones finalizo dicho periodo con el resultado "sin acuerdo", según consta en el Acta de fecha 22-1-2013, que se da por reproducida.

**NOVENO.-** En esa misma fecha 22-1-2013 HUSA DOS S.A, puso en comunicación de los representantes de los trabajadores (Comité de Empresa) la suspensión de los contratos de los 37 trabajadores adscritos al citado centro de trabajo, por el periodo comprendido entre el 2 y 31 de enero de 2013 (ambos inclusive) y, tras dicha comunicación al Comité de Empresa de la suspensión de los contratos de trabajo de los 37 trabajadores adscritos al servicio de restauración del Palacio de Congresos de Madrid en dicho periodo, procedió a notificar individualmente a los trabajadores afectados la aplicación de las medidas de suspensión de los contratos. DOC.1 CCOO

**DECIMO.-** El mismo día 22-1-2013 la mercantil citada, en otro escrito, comunicó al Comité de Empresa que todos los trabajadores afectados por el presente procedimiento pasarían a ser subrogados con fecha de efectos 1-2-2013, por el Instituto de España (TURESPAÑA), produciéndose una novación del empleador por reversión al Instituto citado o en su caso por el nuevo adjudicatario del servicio que asumiera la explotación, lo que indicaba la continuidad de la actividad, no habiéndose producido ni la subrogación ni la novación.

**UNDÉCIMO.-** La mercantil Hostelería Unida Dos S.A.U., resuelve unilateralmente el Acuerdo bilateral suscrito el 22-7-2010, con fecha de efectos 31-1-2013, estando en vigor el mismo, existiendo, autorización expresa por parte del Instituto de Turismo de España, para la explotación de las cafeterías y el restaurante del Palacio de Congresos a dicha mercantil, aun estando suspendida temporalmente la actividad de congresos, en el Palacio de Congresos por cuestiones técnicas, teniendo, por tanto, continuidad la actividad de restauración y no existiendo hasta la fecha adjudicación de un nuevo contrato de prestación de servicios, habiendo quedado desiertas las dos licitaciones ofertadas, una en el año 2011 y otra en el 2012. DOCUMENTOS 1-3-4 y 6 de la parte actora Comité de Empresa, así como DOC.2- de la prueba a portada por CCOO.

**DECIMOSEGUNDO** .-Desde el día 1-2-2013 los trabajadores demandantes no han podido incorporarse a sus puestos de trabajo al haberseles impedido el acceso al Palacio de Congresos.

**DECIMOTERCERO.-** En la misma fecha 1-2-2013, la empresa Hostelería Unida Dos S.A.U., entrega a los trabajadores escrito en el que se les comunica su cese en la explotación del servicio de restauración en el Palacio de Congresos, instando la continuidad de las relaciones laborales bajo la titularidad del Instituto de Turismo de España o en su caso, con la empresa a la que se adjudique el servicio, siendo las causas de carácter objetivo y productivo(pérdidas continuas).

**DECIMOCUARTO.-** El Instituto de Turismo de España, no acepto la devolución, pretendida por parte de HUSA DOS S.A., de enseres, maquinaria, útiles, menaje y demás materiales e instalaciones de la concesión, por entender que la misma continua viva, mientras no se resuelva por mutuo acuerdo de las partes y para ello se den las circunstancias recogidas en el escrito de 23 de enero de 2013, que refiere el Acuerdo tantas veces citado suscrito el 22 de julio de 2010, dado que no se ha producido un supuesto de reversión, sino que lo que ha tenido lugar es una suspensión temporal de la actividad principal del Palacio de Congresos, que no conlleva, el cese de las actividades de restauración de HUSA DOS S.A.

**DECIMOQUINTO.** - La Administración General del Estado es titular del Palacio de Congresos y Exposiciones sito en el Paseo de la Castellana nº 99 Madrid. Consta en el inventario general de bienes y derechos de Estado bajo el nº 1987 724 28 999 0485 001. Tiene la condición de bien de dominio público al estar afecto al organismo autónomo Instituto de Turismo de España (TURESPAÑA) en virtud de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 5 de noviembre de 2009, organismo con personalidad jurídica publica diferenciada, autonomía de gestión, patrimonio y tesorería propios y plena capacidad jurídica y de obrar.

**DECIMOSEXTO.-** El Palacio de Congresos de Madrid suspendió sus actividades temporalmente por resolución de 21 de diciembre de 2012, a fin de ejecutar obras tendentes a reforzar sus medidas de seguridad, suspensión temporal que inicialmente se fijo hasta el 31 de enero de 2013, para ampliarse posteriormente hasta el 31 de diciembre de 2013, suspensión de la actividad principal, que no afecta a ninguno de los servicios accesorios del mismo, y en concreto a las cafeterías y al aparcamiento.DOC 6 prueba parte actora, comité de empresa.

**DECIMOSEPTIMO.-** Se han observado los requisitos legales.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Como elementos de convicción que nos han permitido sentar las conclusiones fácticas que lucen en la anterior premisa, señalar que los mismos derivan, básicamente, de la prueba documental que las partes aportaron a autos y, más en concreto, de los documentos a que hacen expresa mención sus diferentes ordinales, así como de la testifical e interrogatorio practicada en el acto de la vista.

**SEGUNDO.-** Sin haber sido cuestionado en el acto del juicio pero si mencionado, hemos de precisar que además del elemento numérico, y del carácter de los contratos de trabajo del personal afectado, concurre también otro dato relevante, cual es que la causa del cese de los 37 trabajadores destinados a atender el servicio de restauración del Palacio de Congresos de Madrid que está directamente vinculado a circunstancias de naturaleza objetiva o, si se quiere, ajenas por completo a la conducta de los empleados de la contratista, lo que supone, sin duda, la concurrencia de razones de índole organizativa y de producción, según, todo ello, al criterio más reciente de la jurisprudencia, de la que, por todas, señalaremos la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2.012 (recurso nº 2.341/11 ), dictada en función unificadora, en relación con la del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 12 de octubre de 2.004, ha quedado claro para todas las partes del proceso la competencia del orden social para el conocimiento del asunto.

**TERCERO.-** Se alegó por la representación letrada de HUSA DOS S.A. la excepción de falta de legitimación ad causam respecto a la mercantil citada y consecuentemente falta de acción, al entender que no se daba interés actual en el tema planteado, lo que ha de rechazarse toda vez que dicha mercantil ha ostentado la condición de empleadora de los trabajadores demandantes, debiendo examinar en el presente supuesto si se da o no sucesión empresarial, por lo que la relación jurídico- procesal se ha constituido adecuadamente con su presencia en el pleito como parte codemandada.

**CUARTO.-** La causa del cese en la prestación de sus servicios de los 37 trabajadores afectados que atendían el servicio de restauración en el Palacio de Congresos, son, como hemos dicho, ajenas por completo a la conducta de los empleados, basándose la mercantil demandada en su improrrogable decisión "unilateralmente adoptada" de dar efectividad con fecha 31 de enero de 2013, al Acuerdo de Resolución de Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión del Servicio de Restauración del Palacio de Congresos de Madrid de fecha 22 de julio de 2010, dando lugar a la reversión íntegra de las instalaciones y medios materiales afectos a la explotación, a el Instituto de Turismo de España.

**QUINTO.-** En el caso de autos no se ha seguido el procedimiento formal que exige el artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , sino que se acudió, sin más, a la vía de hecho, y precisamente por darse cuantos presupuestos materiales configuran el despido colectivo, el defecto formal apuntado sólo tiene relevancia en orden a dar respuesta a la controversia planteada desde la óptica de la calificación jurídica de la medida extintiva colectiva frente a la que se alzan los representantes unitarios de los trabajadores, por cuanto que, en definitiva, conlleva la nulidad de la misma, si bien la auténtica dificultad radica en dirimir cuál de las codemandas traídas al proceso ha de responder de los

efectos legales de la nulidad de tan patente despido colectivo. Lo realmente preocupante es que coincidiendo todas las partes en la existencia de un verdadero despido colectivo, al igual que en la total omisión del procedimiento que una decisión empresarial así necesariamente requiere, no haya sido posible encontrar un modo más razonable de solventar la problemática planteada, de la que, por ahora, los únicos perjudicados, incluso a nivel de lucro de las prestaciones contributivas por desempleo, han sido los trabajadores.

**SEXTO.-** Por tanto la controversia material que se somete a nuestra atención se ciñe a dilucidar cuál de las dos codemandadas, bien HUSA DOS S.A. como última adjudicataria del servicio de restauración prestado en el Palacio de Congresos de Madrid, bien TURESPAÑA en su condición de titular del mismo, debe responder de los efectos legales derivados de la nulidad del despido colectivo frente al que se alzan los actores. Mantiene la primera que estamos ante un supuesto de sucesión empresarial por reversión o rescate de la actividad arrendada, por mucho que la misma no haya sido continuada por su decisión unilateral y, por tanto, en el marco de aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , siendo, si no fuera así, aplicable la normativa convencional en materia de subrogación, a lo que TURESPAÑA se opone de modo frontal alegando que no concurren los presupuestos de tal reversión, dado el Acuerdo firmado entre partes el 22-julio -2010, ni se ve afectada por el Acuerdo Laboral de ámbito estatal, ni por el Convenio Colectivo sectorial de esta Comunidad, del sector de hostelería, al no tener cabida en su objeto social la prestación de servicios de tal índole.

**SEPTIMO.-** Sentado lo anterior, no está de más reproducir el contenido del artículo 56, ubicado en el Capítulo X, del IV Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería, que guarda relación con la "subrogación convencional de colectividades o restauración social", y con la "garantía por cambio de empresario". El mismo ordena: "La regulación de las Sucesiones Empresariales, probablemente uno de los problemas más complejos de las relaciones laborales en la actualidad, ha tenido tratamiento en el ámbito de la Unión Europea, si bien



sea con un mero afán armonizador. Mediante la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad; se ha intentado una doble finalidad, evitar la incidencia negativa de la sucesión empresarial en el funcionamiento del mercado, así como establecer un mínimo de protección respecto a ciertos derechos de los trabajadores. La doctrina legal del Tribunal Supremo, contenida en diversas Sentencias de su Sala de lo Social, ha venido exigiendo como requisito que ha de concurrir para que opere la subrogación empresarial prevista en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que se produzca una simultánea transmisión efectiva de los elementos patrimoniales configuradores de la infraestructura de la explotación, de modo que la mera sucesión en una actividad empresarial o de servicios no integra el supuesto de hecho del artículo 44 antes referido, si no va acompañado de la transmisión de una estructura o soporte patrimonial dotado de autonomía funcional.

No obstante, es posible que mediante norma colectiva sectorial se produzcan supuestos de subrogación empresarial, aun cuando no se transmita infraestructura patrimonial, tal como asimismo ha sentado la doctrina del Tribunal Supremo en diversas Sentencias. En estos casos al no aplicarse la norma legal, es necesario que la norma convencional establezca las concretas previsiones en relación con las responsabilidades económicas pendientes anteriores a la subrogación. En coherencia con dicha doctrina legal y, en base a lo contemplado en dicha Directiva y la transposición realizada a nuestro derecho interno, artículos 44, complementado por lo que dispone el 51.1 y por el 49.1) g, así como también por el artículo 64 respecto de las competencias de los representantes unitarios o electos, todos ellos del Estatuto de los Trabajadores, y el artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical; el presente Acuerdo pretende adaptar dicha normativa a las necesidades y problemática específicas del subsector de Colectividades, para una mejor y más correcta aplicación. De forma que las distintas situaciones que se producen queden bajo la cobertura del acuerdo suscrito entre las partes interesadas y sea de obligado cumplimiento en todo el territorio del Estado, quedando cerrado en este ámbito de negociación y por tanto no disponible en ámbitos inferiores, salvo el epígrafe referido a derechos de información y consulta que constituye un mínimo de derecho indisponible. El presente capítulo tiene por objeto garantizar la subrogación empresarial, con sus efectos, en supuestos de sucesión o sustitución de empresas de Colectividades, en las que no concurra el requisito de la transmisión patrimonial. La absorción del personal entre quienes se sucedan mediante cualquier título en las actividades que se relacionan en el presente capítulo, se llevará a cabo en los términos y condiciones aquí indicadas, de acuerdo con lo siguiente:

a) Cuando resulte de aplicación el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, se estará al régimen y efectos que le son propios.

b) Cuando el cambio de titularidad no se encuadre en el ámbito de aplicación citado del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, los efectos subrogatorios, en atención a las peculiares características de la actividad definida en el ámbito de aplicación, vendrán condicionados a los supuestos y reglas válidamente previstos en esta norma paccionada. En todo caso, será de aplicación subsidiaria el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en todo lo no estipulado en el presente Acuerdo. No obstante, en ambos casos, serán de aplicación las obligaciones formales y documentales que se establecen".

**OCTAVO.-** TURESPAÑA en su exposición alega que no le son de aplicación las previsiones normativas de índole convencional en materia de subrogación empresarial, por cuanto que no está incluida en el ámbito funcional del referido Acuerdo Laboral de ámbito estatal, ni, por supuesto, del Convenio Colectivo de Hostelería y Actividades Turísticas (Restauración) de la Comunidad de Madrid.

Lo dicho es cierto, pero no podemos por ello dejar de transcribir lo que establece el artículo 59 del IV Acuerdo, precepto que, amén de contemplar el supuesto de sucesión de contratas como el más común, lo que no es el caso, contempla otros diferentes, hasta el punto de que en el párrafo e) de su apartado 2 incluye dentro del "objeto y supuestos de sucesión o sustitución empresarial", el de: "(...) reversión, al término de contratos de arrendamiento o cualquier otro mercantil o civil, por cualquier causa de extinción. Si por decisión de la empresa principal o pacto con terceros se decidiese dejar de prestar los servicios subcontratados o alguno de ellos, de forma provisional o definitiva, no habiendo continuador de la actividad operará la reversión de la titularidad. Según lo previsto en el presente capítulo o, en su caso, lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. En estos supuestos, la empresa cedente que venga prestando servicio no deberá asumir el personal adscrito a dicho servicio. Igualmente operará la reversión de la titularidad cuando la empresa principal o concesión contrate un servicio de comida transportada que no requiera personal en el centro. No obstante, si este servicio requiriese personal en el centro, si procederá la subrogación, en la proporción necesaria para garantizar la correcta dispensación del servicio". Y su apartado 3 prevé que: "(...) La asunción de actividad por parte de la empresa principal, es aquella en la que como consecuencia de su propia decisión, se produzca el cese total y definitivo de la actividad de la empresa que venía prestando el servicio, siendo asumido éste por la empresa principal.



Del mismo modo, operará cuando la decisión se adopte por imposición de terceros, o una norma. Todo ello, sin necesidad de que exista transmisión patrimonial de activos materiales".

**NOVENO.-** Cuanto queda dicho nos conduce a la necesidad de valorar si en el supuesto enjuiciado se dan cita, o no, los presupuestos constitutivos de la figura de la sucesión de empresa por rescate de la actividad como posibilidad incluida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , y que, si bien se mira, es lo que regulan las normas convencionales antes mencionadas. En este sentido, recordar la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1.991 , dictada en casación ordinaria, que dice: "(...) se denuncia la inaplicación del artículo 44,1, del Estatuto de los Trabajadores , en relación con la doctrina legal contenida en las sentencias de 26 de mayo de 1987 y 20 de julio de 1988 . Ahora llegamos al auténtico nudo de la cuestión: el de determinar cuál sea el alcance jurídico del acuerdo municipal de extinción del servicio y rescisión del contrato por el que se encomendaba su gestión a la empresa adjudicataria. La parte recurrente sostiene que el Ayuntamiento, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 44,1, del Estatuto de los Trabajadores , cuya inaplicación se denuncia, adquiere la condición de empresario con respecto a la única trabajadora adscrita en tal momento al servicio, subrogándose en los derechos y obligaciones laborales de la anterior empresa adjudicataria, en este caso las cuatro personas físicas integrantes del llamado equipo profesional. El Magistrado entiende, por el contrario, que tal precepto no es de aplicación en el caso que se contempla. Y ello, tal como se razona en el cuarto de los fundamentos de derecho, porque el servicio de atención a la mujer que en su día creó el propio Ayuntamiento y que ahora ha decidido extinguir no vuelve a ser asumido por éste, produciéndose una simple y total desaparición del soporte material, económico y humano mediante el que se prestaba una función de auxilio y atención a las mujeres afectadas, sin que ni en el programa de creación del Centro Municipal ni en los convenios suscritos con los sucesivos prestatarios del servicio figure cláusula o apartado alguno que previniendo la desaparición del Centro y la rescisión de la contrata, obligue al Ayuntamiento a hacerse cargo directamente de la gestión del servicio".

**DECIMO.-** La misma añade luego que: "(...) Entiende el magistrado, en definitiva, que no existe en este caso sucesión empresarial, al no haberse transmitido tampoco el cometido empresarial, que ha expirado por decisión de la Corporación Municipal. Pues bien, este último criterio, no puede ser aceptado por la Sala. Lo decisivo, para que exista subrogación, no puede estar en que el titular continúe el servicio o actividad objeto de concesión administrativa, cosa que puede depender únicamente de su voluntad, sino en que tenga la posibilidad de hacerlo. Aquello supondría abrir una ancha puerta al fraude, al permitir a quienes utilizan esta forma de gestión indirecta de servicios el poder desprenderse en cualquier momento de la plantilla sin costo alguno, recuperando los bienes que constituyen el substratum objetivo de la empresa. Iría por ello contra el fin perseguido por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , que estriba en garantizar la estabilidad en el empleo y asegurar de este modo los derechos de los trabajadores. Ya quedó establecido, como consecuencia de la estimación del primero de los motivos, que el Ayuntamiento había puesto a disposición de los adjudicatarios de la contrata los locales necesarios, debidamente equipados, obligándose también a abonarles determinadas cantidades anuales, lo que significa que lo transmitido era un conjunto organizado de bienes susceptibles de ser inmediatamente explotados para la prestación del servicio.

Pero, si esto es así, si el Ayuntamiento tenía la posibilidad de continuar la prestación del servicio de que se trata, al recuperar toda su infraestructura física, la decisión unilateral de no continuar prestándolo (...), de ningún modo puede afectar a los derechos laborales de la actora. Y esta es también, en efecto, la doctrina que se contiene en las sentencias que se invocan. Así, la de 26 de mayo de 1987 afirma paladinamente que 'no puede enervar el mecanismo de la sucesión de empresas la no continuidad de la actividad o cierre, ya que si así se estableciera se podría llegar a que, sin trámite legal alguno, pudiese, quien se valiese de tal figura jurídica, desprenderse de la plantilla y recuperar los bienes que constituyeran el sustrato básico de la empresa' y añade que 'así no se presenta admisible que se condicione la sucesión empresarial a la continuidad de los servicios o actividades que se revierten, pues ello podría entrafñar posible camino para el fraude legal, al dejar pender el cumplimiento del contrato de trabajo de la exclusiva voluntad de una de las partes contratantes".

**UNDECIMO.-** En el supuesto que nos ocupa las codemandadas suscribieron contrato administrativo especial, a principios del año 2008, (DOC 1) en el que se adjudicaba la explotación del servicio de hostelería en el Palacio de Congresos de Madrid, a HUSA DOS SAU. En el mismo consta en sus cláusulas todos los datos referentes a la forma de realización del servicio para la que HUSA DOS SAU fue contratado, horario, canones a pagar, forma de prestación, material necesario para el desarrollo de la actividad etc.....cláusulas aceptadas en su totalidad por la mercantil codemandada, documento que por su extensión se da por reproducido. Con fecha de 14- julio-2010 firmaron las mismas partes resolución de mutuo acuerdo del contrato de concesión del servicio de restauración, en los términos recogidos en el mismo, documento que igualmente que el anterior, se da íntegramente por reproducido, estando en aquella fecha, la adjudicataria al corriente de los pagos de conformidad con el art.112.4 LCAP (RDLeg 2/2000 (DOC 2) y por último, con fecha 22 de julio de 2010 firmaron el Acuerdo de resolución (DOC 3). Los tres documentos, han sido aportados por las partes.



**DUODECIMO.** -En este último acuerdo de 22 julio 2010 (DOC 3) se señalan como causas específicas para la finalización del periodo transitorio previsto en el mismo: (condición segunda del acuerdo):

-La adjudicación de un nuevo contratista

-La decisión por parte de la Administración del cierre del Palacio o del cese definitivo de la actividad.

Ninguna de dichas circunstancias se ha producido en el supuesto que se examina. La suspensión de la actividad del Palacio, acordada por resolución del Instituto de Turismo de España el 21 de diciembre de 2012 y notificada a la empresa el mismo día, solo afecta a la actividad principal del Palacio, cual es la realización en el mismo de Congresos en su espacio físico, pero no en los servicios accesorios, como aparcamiento y cafetería, recogiendo, la demandante, en el hecho cuarto de su demanda que se autoriza la explotación de las cafeterías y el restaurante del Palacio de Congresos a la empresa Hostelería Unida Dos S.A.U., aun estando suspendida temporalmente la actividad del Palacio por cuestiones técnicas.

Por tanto, al no darse ninguna de las causas válidamente acordadas por las partes para la finalización del periodo transitorio previsto en el, tantas veces citado, Acuerdo de resolución de 22 de julio de 2010, esta no puede producirse por decisión unilateral de una de las partes, sin que sea de aplicación al presente supuesto la aplicación del art.44 ET , no siendo la falta de prestación del servicio de restauración imputable a la Administración sino a la contratista que deja de prestar el servicio conociendo que la suspensión de la actividad no afectaba al servicio de cafetería.

**DECIMOTERCERO.** - Refuerza lo expuesto la carta que con fecha 8 de junio de 2012 remite el Director General de Explotación de Hostelería Unida Dos S.A.U., al Director del Palacio de Congresos de Madrid:

*Muy Señores nuestros,*

*En referencia a la relación comercial entre HOSTELERÍA UNIDA DOS, S.A.U y el Palacio de Congresos de Madrid, dónde el primero ofrecelos servicios de restauración en el propio Palacio de Congresos, manifestamos que:*

*Teniendo en cuenta que una vez convocado el concurso para la concesión del servicio de restauración del Palacio de Congresos de Madrid con fecha 23 de junio de 2011 y habiéndose declarado éste desierto, una vez transcurridos más de 10 meses de la apertura de plicas y consecuente resultado, y después de haber solicitado en numerosas ocasiones la ordenación de la actual relación contractual, entendemos que HOSTELERIA UNIDA DOS, S.A.U no puede continuar con esta situación de incertidumbre que tanto afecta a su cuenta de resultados y comunica al Palacio de Congresos de Madrid su intención de abandonar, muy en contra de nuestra voluntad, con fecha 1 de julio del presente la prestación de servicios de restauración que se desarrollan actualmente en las instalaciones del Palacio.*

*Ahora bien, en aras a la excelente relación comercial así como los años que venimos prestando servicio en el Palacio de Congresos de Madrid, HOSTELERIA UNIDA DOS, S.A.U continuaría su actividad como hasta ahora por un canon variable del 0.10 % del total de las ventas de restauración, hasta que se ultime la tramitación de un nuevo procedimiento.*

*En la confianza de que finalmente podremos encontrar una solución satisfactoria para ambas partes me pongo a su disposición para lo que crean oportuno.*

**DECIMOCUARTO.**- Si en los diversos escritos citados la mercantil HUSA DOS S.A., repite la difícil situación económica que atraviesa, a pesar de lo cual como se expone en fundamento anterior, "continuaría su actividad....." debiera haber acudido al procedimiento recogido en la Ley y tramitar el correspondiente Expediente de Regulación de Empleo y no esperar a la resolución de 21 de diciembre de 2012 del Instituto de Turismo de España bajo la que amparar, de forma unilateral, su cese en la explotación del servicio de restauración en el Palacio de Congresos,(no estando además en ese momento al corriente de los pagos) instando la continuidad de las relaciones laborales bajo la titularidad del Instituto de Turismo de España o en su caso, con la empresa a la que se adjudique el servicio.

**DECIMOQUINTO.**- El artículo 51.1 del ET dispone que: "Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas".

Por su parte el artículo 124 LPL , vigente en la fecha de la suspensión de los contratos aquí examinados, dispone que: "El órgano judicial declarará nulo, de oficio o a instancia de parte, el acuerdo empresarial de extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, fuerza mayor o extinción de la personalidad jurídica del empresario si no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa, en los supuestos en que esté legalmente prevista".





Habiéndose obviado, por la mercantil codemandada, en el presente procedimiento, los trámites correspondientes del despido colectivo, cual es el supuesto que nos ocupa, recogidos en los arts. citados, al haber quedado afectados todos los trabajadores, dejándoles sin ocupación efectiva, procede la declaración de nulidad del despido colectivo frente al que se alza la parte actora en los términos descritos con anterioridad, y no existiendo consentimiento de la Administración para la resolución de mutuo acuerdo, esta no puede producirse, estando obligada HUSA DOS S.A., a continuar en la actividad, no dándose ninguna circunstancia, a la vista de lo expuesto, que determine la subrogación.

**DECIMOSEXTO.-** Según lo dispuesto en los artículos 53 y siguientes, y 206.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y en atención a lo establecido en los artículos 248.4, 265, 266.1, 270, 271 y 279.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, notifíquese esta resolución a las partes, así como al Ministerio Fiscal; háganse a las partes las advertencias legales en orden a la posibilidad de interponer contra la misma recurso de casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo; y expídase testimonio de esta sentencia para su constancia en autos, uniéndose por su orden el original de la misma al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala, dejando debida constancia de todo ello en los Libros correspondientes.

VISTOS los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación, los Ilmos. Sres. Magistrados referenciados al comienzo de esta sentencia, previos los actos de dación de cuenta por quien de ellos fue designado Ponente, y conjuntas deliberación, votación y fallo.

## FALLAMOS

Desestimamos la excepción de falta de legitimación ad causam y falta de acción alegada por la representación legal de la mercantil Hostelería Unida Dos S.A.U. y en su consecuencia debemos estimar y estimamos la demanda promovida por D. Ezequias, D. Marino, D<sup>a</sup> Alicia, D. Jose Miguel Y D. Aurelio (representantes legales de los trabajadores) contra HOSTELERÍA UNIDA DOS, S.A.U e INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA - MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGIA Y TURISMO-, sobre impugnación de despido colectivo, declarando que el cese de los 37 trabajadores que venían prestando servicios para la empresa HUSA DOS S.A. adjudicataria del servicio de restauración en el Palacio de Congresos de Madrid, constituye un despido colectivo que declaramos nulo, reconociendo, el derecho del personal afectado por el despido colectivo a la inmediata reincorporación en sus puestos de trabajo y condenando a Hostelería Unida Dos S.A.U., a estar y pasar por esta declaración, al igual que por todas las consecuencias que de ellas se derivan. Así mismo absolvemos al Instituto de Turismo de España de los pedimentos deducidos en su contra.

Notifíquese la presente resolución judicial a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y, una vez adquiera firmeza, sólo para su conocimiento, a la Autoridad Laboral, Entidad Gestora de la prestación por desempleo y Administración de la Seguridad Social, haciendo saber a las partes que contra la misma cabe RECURSO DE CASACION ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los CINCO DIAS siguientes al de su notificación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 208, 229 y 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, advirtiéndose a todo posible recurrente en casación que no goce de la condición de trabajador o causahabiente suyo, o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social, o del beneficio reconocido de justicia gratuita, que deberá acreditar ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros según el artículo 229.1 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, así como la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos de modo separado en la cuenta corriente número 282600000052/12 que esta Sección tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Sucursal nº 1.026, sita en la calle Miguel Ángel nº 17, 28010- Madrid, pudiendo, en su caso, sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por una entidad de crédito.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación (o casación para la unificación de doctrina) contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, modificada por Real Decreto Ley 3/2013, de 22 de febrero, con el escrito de interposición del recurso habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 4 de la misma, ascendiendo su importe fijo con carácter general a 750 euros, salvo en el caso de trabajadores, sean por cuenta ajena o propia, o beneficiarios del régimen público de Seguridad Social, en cuyo caso su montante será de 300 euros, amén de la cuota variable de la citada tasa en atención a la cuantía del recurso a que hace méritos el artículo 7.2 y 3 de la misma norma, con una exención, también en este caso, del 60 por 100 si se trata de trabajadores



o beneficiarios del Sistema de la Seguridad Social, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución por solución extrajudicial del litigio y por acumulación de procesos, de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación, norma reglamentaria en vigor desde el 17 de diciembre de 2012.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

Una vez firme la sentencia, se notificará a quienes hubieran sido parte y a los trabajadores que pudieran ser afectados por el despido colectivo que hubiesen puesto en conocimiento del órgano judicial un domicilio a efectos de notificaciones, a los efectos previstos en la letra b) del apartado 11 del art. 124 de la Ley 36/2011, conforme a la redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2012. Asimismo, se notificará a la autoridad laboral, la entidad gestora de la prestación por desempleo y a la Administración de la Seguridad Social cuando no hubieran sido parte en el proceso.

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

**PUBLICACION:** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día 12/9/2013 por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEND