



Roj: **STSJ CAT 8706/2014 - ECLI: ES:TSJCAT:2014:8706**

Id Cendoj: **08019340012014105731**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **08/09/2014**

Nº de Recurso: **3797/2014**

Nº de Resolución: **5803/2014**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **AMADOR GARCIA ROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2012 - 8024517

mm

Recurso de Suplicación: 3797/2014

ILMO. SR. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL

ILMO. SR. AMADOR GARCIA ROS

ILMO. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

En Barcelona a 8 de septiembre de 2014

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 5803/2014

En el recurso de suplicación interpuesto por Mónica y Marí Jose frente a la Sentencia del Juzgado Social 6 Barcelona de fecha 30 de diciembre de 2013 dictada en el procedimiento nº 512/2012 y siendo recurridos Fogasa, Comess Group Restauración S.L., 2Mostra2, S.C.P. y Lizarran Vilanova S.L.. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. AMADOR GARCIA ROS .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 2013 que contenía el siguiente Fallo:

"ESTIMO EN PARTE las demandas que han dado lugar a los procedimientos número 512/2012 a instancia Mónica contra LIZARRAN VILANOVA,S.L., COMESS GROUP RESTAURACIÓN,S.L. Y 2MOSTRA2,S.C.P. Y FONDO DE GARANTIA SALARIAL en reclamación por DESPIDO Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, y numero 513/2012 a instancia de Marí Jose contra LIZARRAN VILANOVA,S.L. COMESS GROUP RESTAURACIÓN,S.L. Y 2MOSTRA2,S.C.P Y FONDO DE GARANTIA SALARIAL en reclamación por DESPIDO Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, y



A.- en cuanto al procedimiento número 512/2012, y con absolución de COMESS GROUP RESTAURACIÓN,S.L. Y 2MOSTRA2,S.C.P integrada por Luisa Y Germán :

-A1.- Declaró improcedente el despido de Mónica de efectos 11/05/2012 condenando a la empresa LIZARRAN VILANOVA,S.L. a fin de que, en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia por escrito y ante este Juzgado, opte entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización total de 7.712,46euros (7580,11 euros + 132,35 euros) entendiéndose que si lo no verifica expresamente opta por la readmisión,.

El pago de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

Si la opción es por la readmisión el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación conforme al salario diario de 48,13 euros y en cantidad equivalente a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

-A2.- condeno a LIZARRAN VILANOVA,S.L. a abonar a Mónica la cantidad total de 1.546,76 euros brutos por los conceptos señalados en el hecho probado 5 de la presente, generando tal cantidad el interés del 10% anual.

y

B.- en cuanto al procedimiento número 513/2012, y con absolución de COMESS GROUP RESTAURACIÓN,S.L. Y 2MOSTRA2,S.C.P integrada por Luisa Y Germán :

-B1.- Declaró improcedente el despido de Marí Jose de efectos 11/05/2012 condenando a la empresa LIZARRAN VILANOVA,S.L. a fin de que, en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia por escrito y ante este Juzgado, opte entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización total de 30.140,93 euros (29.751,33 + 389,60) entendiéndose que si lo no verifica expresamente opta por la readmisión,.

El pago de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

Si la opción es por la readmisión el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación conforme al salario diario de 47,22euros y en cantidad equivalente a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

-B2.- condeno a LIZARRAN VILANOVA,S.L. a abonar a Marí Jose la cantidad total de 1.1.679,72 euros brutos por los conceptos señalados en el hecho probado 9 de la presente, generando tal cantidad el interés del 10% anual.

ABSUELVO al FOGASA sin perjuicio de la responsabilidad prevista en el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores ."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"1.- Mónica con NIE NUM000 ha prestado sus servicios por cuenta y orden de LIZARRAN VILANOVA,S.L., con la categoría profesional de cocinera, antigüedad de 28/08/2008 y salario mensual bruto con prorrata de pagas extras de 1.443,85 euros conforme al Convenio colectivo de trabajo de la industria de hostelería y turismo de Catalunya.

Ha prestado sus servicios en el Restaurante sito en calle Sant Gervasi nº 41 bajos de Vilanova y la Geltrú inicialmente con una jornada de 32 horas semanales, que en 06/11/2008 se redujo a 27 horas semanales, en septiembre de 2009 volvió de nuevo a 32 horas semanales y desde 01/04/2010 es de 40 horas semanales, con un horario de miércoles a lunes de 07:00 a 16:00 horas

No es ni ha ostentado en el último año la condición de delegado sindical, delegado de personal o miembro del comité de empresa.

2.- El día 11/05/2012 al ir Doña. Mónica al intentar incorporarse a su puesto de trabajo lo encontró cerrado permaneciendo esa situación los días siguientes, e interpuso denuncia ante la Inspección de trabajo de fecha 14/05/2012. Mediante comunicación con registro de salida de 10/08/2012 por la Inspección de Trabajo se le informó en relación a su denuncia que constaba que fue dada de baja por la empresa en fecha 16/05/2012 y con efectos de ese mismo día y se le informaba que a partir de esa fecha se entendía que la relación laboral fue rescindida por la En su denuncia a la Inspección de trabajo la Sra. Mónica expone que cuando ya había finalizado su jornada laboral a las 16:00 horas del día 10/05/2012, el empresario Victoriano se dirigió a ella



diciéndole que al final de la jornada de ese día ya no volvería a abrir el restaurante. Que citada el 1/05/2012 para hablar por el anterior encontró que el establecimiento estaba siendo desalojado de muebles y otras pertenencias y que el empresario no se personó

empresa procedía que interpusiera demanda judicial.

3.- En fecha 17/05/2012 en la cuneta corriente de la actora Mónica se realizó un ingreso en efectivo de 3.384,00 euros. No consta apunte identificativo de quien proviene en la cuneta.

En esa misma cuenta constan posteriormente en el año 2012 transferencias por el concepto nomina en diversos meses: junio, julio, agosto, diciembre 2012.

4.- En fecha 15/05/2012 LIZARRAN VILANOVA,S.L., hizo entrega a la Sra. Mónica de carta fechada a 25/04/2012 sin firma en la que le comunicaba su despido con efectos de 11/05/2012. Por causas económicas al amparo del art. 52c) E.T. haciendo mención de una cantidad por indemnización y otra por falta de preaviso. La actora no ha recibido cantidad alguna.

5.- Lizarran Vilanova S.L. no ha abonado a la actora las siguientes cantidades en concepto de salarios pendientes de pago y liquidación de partes porporcionales: Vacaciones 2011 por importe de 618,75 euros, salario de 10 días de mayo por importe de 481,28 euros brutos y vacaciones de 2012 por importe de 446,73 euros; lo que suma un total de 1.546,76 euros.

6.- Marí Jose con NIE NUM001 ha prestado sus servicios por cuenta y orden de LIZARRAN VILANOVA,S.L., con la categoría profesional de ayudante de cocinera, antigüedad de 04/03/1998 y salario mensual bruto con prorrata de pagas extras de 1.416,73 euros conforme al Convenio colectivo de trabajo de la industria de hostelería y turismo de Catalunya.

Ha prestado sus servicios en el Restaurante sito en calle Sant Gervasi nº 41 bajos de Vilanova y la Geltrú inicialmente con una jornada de 40 horas semanales desde 01/04/2001.

No es ni ha ostentado en el último año la condición de delegado sindical, delegado de personal o miembro del comité de empresa.

7.- El día 11/05/2012 al ir la Sra. Marí Jose al intentar incorporarse a su puesto de trabajo lo encontró cerrado permaneciendo esa situación los días siguientes, e interpuso denuncia ante la Inspección de trabajo. Mediante comunicación con registro de salida de 10/08/2012 por la Inspección de Trabajo se le informó en relación a su denuncia que constaba que fue dada de baja no voluntaria en la empresa en fecha 11/05/2012 y se le informaba a su vez que entendiéndose que la relación laboral fue rescindida por la empresa procedía que interpusiera demanda judicial.

En su denuncia a la Inspección de trabajo de fecha 14/05/2012 la Sra. Marí Jose expone que al inicio de su jornada a las 16:00 horas del día 10/05/2012, el empresario Victoriano se dirigió a ella diciéndole que al final de la jornada de ese día ya no volvería a abrir el restaurante.

8.- En fecha 15/05/2012 LIZARRAN VILANOVA,S.L., hizo entrega a la Sra. Marí Jose de carta fechada a 30/04/2012 sin firma en la que le comunicaba su despido con efectos de 11/05/2012. Por causas económicas al amparo del art. 52c) E.T. haciendo mención de una cantidad por indemnización y otra por falta de preaviso. La actora no ha recibido cantidad alguna.

9.- Lizarran Vilanova S.L. no ha abonado a la actora Sra. Marí Jose las siguientes cantidades en concepto de salarios pendientes de pago y liquidación de partes porporcionales: Vacaciones 2011 por importe de 769,08euros, salario de 10 días de mayo por importe de 472,24euros brutos y vacaciones de 2012 por importe de 438,40 euros; lo que suma un total de 1.679,72euros.

10.- En fecha 01/09/2007 la entidad mercantil LIZARRAN TABERNAS SELECTAS, S.L. (la sociedad) y LIZARRAN VILANOVA S.L.U. (el franquiciado) con domicilio en calle Sant Gervasi nº 41 bajos de Vilanova y la Geltrú representado por Victoriano suscribieron contrato de franquicia LIZARRAN. En ese contrato se señalaba que la sociedad formaba parte de COMESS GROUP de RESTAURACIÓN,S.L. que dispone de experiencia en la prestación de servicios ligados a la restauración a través de las enseñas: CANTINA MARIACHI, PASTA CITY, ROCK & RIBS y LIZARRAN.

En fecha 11/05/2012 LIZARRAN VILANOVA S.L.U. y COMESS GROUP de RESTAURACIÓN,S.L. suscribieron resolución del contrato de franquicia y compraventa de activos que suponen transmisión del patrimonio empresarial existente en el establecimiento al estar interesada COMESS GROUP de RESTAURACIÓN,S.L. en continuar la explotación del establecimiento actual, transmitiéndose: la totalidad de las instalaciones, maquinarias, equipos informáticos, rótulos, mobiliarios, enseres existentes en el local, mejoras realizadas en el mismo. En el curso de esa negociación la formalización efectiva de la venta de activos determinaba la



formalización de un nuevo contrato de arrendamiento a favor de COMESS GROUP de RESTAURACIÓN,S.L el 11/05/2012.

En ese contrato existía un punto SEPTIMO en que se indicaba: "LIZARRAN VILANOVA S.L.U. ha procedido con fecha de efectos 11 de mayo de 2012 a despedir y dar de baja en la Seguridad Social a la totalidad de sus trabajadores del Local conforme se acredita con la Documentación adjunta que se acompaña como Anexo VI Que todos los trabajadores han suscrito la indemnización y finiquito correspondiente."

Comes Group de Restarulación, s.l. está en posesión de cartas fechadas a 25/04/2012 y 30/04/2012 dirigidas por LIZARRAN VILANOVA S.L. a cada una de las actoras en las que se les comunica la extinción de su contrato de trabajo por causas económicas y en las mismas se señala "En atención a lo expuesto, procedemos a la extinción de su contrato el día de hoy 11 de mayo de 2012" De la misma fecha 11/05/2012 está en posesión de documentos-recibos de finiquito (quitança) y nomina a nombre de cada una de las actoras, y en todos los casos, las cartas y los finiquitos tienen firmas estampadas con el nombre legible de cada una de las actoras en el recibí.

También está en posesión de esos mismos documentos Carta y finiquito de Florentino , pero la carta de 25/04/2012 y el finiquito y nómina de 11/05/2011.

11.- COMESS GROUP de RESTAURACIÓN,S.L. ha realizado obras de reforma en el local LIZARRAN calle Sant Gervasi nº 41 bajos de Vilanova y la Geltrú iniciadas de forma inmediata y que generaron facturas ya a partir de 27/06/2012 con los industriales contratados y con los proveedores de material para el local que abarcan desde mesas y sillas a útiles de cocina, vajilla, maquinaria.

12.- En fecha 24/09/2012 la entidad mercantil COMESS GROUP de RESTAURACIÓN,S.L. (la sociedad) y Luisa Y Germán (los franquiciados) COMESS GROUP de RESTAURACIÓN,S.L suscribieron contrato de franquicia LIZARRAN para el local sito en calle Sant Gervasi nº 41 bajos de Vilanova y la Geltrú, y un contrato de compraventa de activos que suponía la trasmisión de la explotación del restaurante Lizarran Tavernas Selectas del local de calle Sant Gervasi nº 41 bajos de Vilanova y la Geltrú en relación al restaurante Lizarran, estableciendo el precio de 95.000 euros en total, comprometiéndose los franquiciados a constituir una sociedad de nueva creación, cosa que hicieron en 28/09/2012 constituyendo 2MOSTRA2,S.C.P con domicilio en Sant Gervasi nº 41 bajos de Vilanova y la Geltrú y en fecha 10/10/2012 solicitaron autorización para ceder el contrato a la nueva sociedad constituida extremos que COMESS GROUP de RESTAURACIÓN,S.L aceptó.

13.- En fecha 10/10/2012 se suscribió entre Luisa Y Germán en nombre propio y de 2MOSTRA2,S.C.P y COMESS GROUP de RESTAURACIÓN,S.L ratificación y cesión del contrato compraventa de activos de 28/09/2012 en el que se contempla específicamente que 2MOSTRA2,S.C.P se subrogaba, con la obligación de comunicar al INEM y a cuantos entes administrativos fuera necesario, la subrogación en los siguientes contratos de los trabajadores: Vicenta con antigüedad de 17/07/2012, Blanca con antigüedad de 02/08/2012, Graciela , con antigüedad de 13/06/2012. Ramona con antigüedad de 06/07/2012 y Aida , con antigüedad de 12/07/2012, todos ellos ayudante de camarero salvo Blanca auxiliar cocina.

En esa fecha 2MOSTRA2,S.C.P inició su actividad abriendo al público y atendiendo clientela.

14.- La parte actora intentó la conciliación previa que terminó el 10/08/2012 con el resultado de intentado sin efecto."

TERCERO.- En fecha 7 de marzo de 2014 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor siguiente:

"Acuerdo que procede rectificar la sentencia número 486/2013 de fecha 30 de diciembre de 2013 en el sentido de donde dice en su parte dispositiva apartado B.2 "la cantidad total de 1.1679,72 euros brutos". Debe decir : "la cantidad total de 1.679,72 euros brutos."

CUARTO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Proponen las actoras, a través del presente recurso, la revisión del hecho probado décimo para que se añada los apartados que consta en negrita, de tal forma que el contenido del mismo debería quedar redactado de la siguiente forma:

Hecho décimo: " *En fecha 01/09/2007 la entidad mercantil LIZARRAN TABERNAS SELECTAS, S.L. (la sociedad) y LIZARRAN VILANOVA, S.L.U. (el franquiciado) con domicilio en calle Sant Gervasi nº 41 bajos de Vilanova i la*



Geltrú representado por Victoriano , suscribieron contrato de franquicia LIZARRAN. En ese contrato se señalaba que la sociedad formaba parte de COMESS GROUP de RESTAURACIÓN, S.L., que dispone de experiencia en la prestación de servicios ligados a la restauración a través de las enseñas: CANTINA MARIACHI, PASTA CITY, ROCK & RIBS y LIZRRAN.

*En fecha 11/05/2012, LIZARRAN VILANOVA S.L.U. y COMESS GROUP DE RESTARUACIONES, S.L. suscribieron resolución de contrato de franquicia y compraventa de activos que suponen transmisión de patrimonio empresarial existente en el establecimiento al estar interesada COMESS GROUP de RESTARUACION, S.L. en continuar la explotación del establecimiento actual sito **en la Calle Sant Gervasi nº 41 bajos de Vilanova i la Geltrú**, transmitiéndose: la totalidad de las instalaciones, maquinarias, equipos informáticos, rótulos, mobiliarios, enseres existentes en el local, mejoras realizadas en el mismo. En el curso de esa negociación la formalización efectiva de la venta de activos determinaba la formalización de un nuevo contrato de arrendamiento **sobre el establecimiento sito en la Calle Sant Gervasi nº 41 bajos de Vilanova i la Geltrú** , a favor de COMESS GROU de RESTAURACION, S.L. el 11/05/2012.*

En la fecha del 11 de mayo de 2012 COMESS GROUP RESTAURACIÓN, S.L. adquiere todos los derechos sobre las licencias administrativas y permisos correspondientes al local, continuando la explotación por sí y para sí misma, contratando nuevo personal el 13 de junio de 2012.

En la fecha del 11 de mayo de 2012 LIZARRAN VILANOVA, S.I.U. vende la totalidad del patrimonio empresarial a COMESS GROUP RESTAURACIÓN, S.I."

Los documentos que pretende utilizar en apoyo de su pretensión son los siguientes: folios 221-224, 276-279, 283-287.

Petición que no podemos aceptar, pues existe un reiterada doctrina que señala que siendo el recurso de suplicación un recurso de carácter extraordinario y por tanto de objeto limitado en el que el tribunal «ad quem» no puede valorar "ex novo" toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes (SSTC nº 83/2.004 de 10 de mayo , 531/2.005 de 14 de marzo y 218/2.006 de 3 de julio , que citan las nº 18/1.993 de 8 de enero y 294/1.993 de 18 de octubre), sin que en ningún momento pueda sobrepasar los límites que le impone el artículo 193, b) LRJS , ni por supuesto al petición concreta formulada a instancia de parte. Por ello, aplicando la anterior doctrina a la concreta petición de revisión que hacen la actoras debemos rechazarla, ya que, dado el número de documentos que se citan, lo que pretende que se excede de los estrictos términos de la revisión de la prueba, y por lo tanto de los límites del recurso de suplicación como hemos expuesto.

Por otra parte, aunque así no fuera, si atendemos a la finalidad que persigue con dicha propuesta de revisión, es evidente que el Juzgado no ha errado en la valoración de la prueba obrante en los autos que se invoca, pues si lo que se quiere es introducir más datos sobre los que sustentar su tesis de que se produjo una sucesión empresarial tal y como la regula el artículo 44 del TRLET , se hace innecesario alterar los hechos, dado que a juicio de la Sala el relato fáctico tal y como está construido tiene los suficientes elementos para que este Tribunal pueda a través de la censura jurídica determinar si ha existido o no la sucesión empresarial que se denunciada.

En consecuencia, procede desestimar la modificación reclamada.

SEGUNDO.- En el apartado de censura jurídica, a través de dos motivos: se denuncia la infracción del artículo 44 del TRLET , y la doctrina jurisprudencial que cita, y que aquí damos por reproducida, incidiendo su tesis en que se ha producido una sucesión empresarial y en consecuencia, debe ser condenadas de forma conjunta y solidaria las empresa COMESS GROUP de RESTAURACIÓN, S.L. (en adelante Comess), y los nuevos franquiciados 2MOSTRA2, S.C.P, así como a los socios que conforman esta última sociedad.

No constando que el Convenio Colectivo de aplicación regule algún tipo de sucesión diferente a la que regula el artículo 44 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores , antes de entrar a resolver el fondo de la censura planteada, debemos recordar que la obligación de mantenimiento del empleo y de las condiciones contractuales que tenían los trabajadores en el momento de producirse el cambio de titularidad empresarial, así como de la responsabilidad que se le impone a la empresa sucesora de hacer frente conjuntamente y de forma solidaria de las obligaciones laborales no satisfechas por la cedente, debe ser no sólo conforme al precepto denunciado sino también a lo dispuesto en la Directiva 77/187, -y sus redactados posteriores las Directivas 98/50, y 2001/23-, por lo que para que podamos hablar de sucesión empresarial es necesario conforme al artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23 , que la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular.

La interpretación de este precepto, ha de hacerse tal y como ha reiterado, tanto la jurisprudencia Comunitaria como la de la Sala IV del Tribunal Supremo. De tal forma que para determinar si debe calificarse de sucesión



empresarial un negocio jurídico "inter vivos" entre dos empresas -la cedente y cesionaria- que conlleve un cambio de titularidad, se deberá tener en cuenta si la entidad transmitida mantiene su identidad, y para ello, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades (SSTJUE 18 de marzo de 1986, Spijkers C- 24/85 ; de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting, C-29/91 ; de 11 de marzo de 1997 , Süzen, C13/95; de 20 de noviembre de 2003 , Abler,C340/01; de 15 de diciembre de 2005, Guney-Gorres C-232/04 , entre otras). En definitiva, para que podamos declarar que el negocio jurídico analizado cae bajo la protección legal que dispensa el art. 44 TRLET , entre la cedente y cesionaria deberá haberse producido la transmisión de una entidad económica organizada de forma estable, entendiendo como tal el conjunto organizado de elementos, tanto materiales como inmateriales, que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio, lo que es tanto como afirmar que estaremos siempre ante una sucesión de empresas cuando lo que se transmite son aquellos elementos materiales o inmateriales que permiten de forma independiente continuar con la actividad económica, mientras, que por el contrario, habrá que analizar el supuesto concreto cuando no se transmiten ningún tipo de elementos. Sobre esta última cuestión, el Tribunal de Justicia Unión Europea, también ha señalado que una entidad económica puede funcionar, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, de modo que el mantenimiento de la identidad de dicha entidad es independientemente de la operación de que es objeto, y no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos (sentencias Süzen; Hernández Vidal y otros), circunstancia que ha supuesto que en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, y en consecuencia ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable (sentencia Temco, C51/00).

Dicho de otra forma, siempre estaremos ante un supuesto de sucesión empresarial "ope legis" cuando se transmita una empresa en su conjunto, o una parte, en este último caso además se requiere que esa unidad patrimonial pueda ser susceptible ser inmediatamente explotada, por lo tanto, en el caso que se transmita activos materiales o inmateriales que por si solos permitan desarrollar una actividad económica, no podrá haber duda alguna que el cambio de titularidad es un sucesión empresarial protegida, y si no se transmiten activos, como ocurre normalmente en los supuestos de sucesión de contratistas, habrá que estar a lo que la doctrina jurisprudencial y comunitaria, ha llamado sucesión de plantillas (STS 24 de octubre de 2004, y el caso Temco), de tal forma que sólo podremos calificar la transmisión de sucesión, cuando la sucesora se ha hecho cargo de la totalidad o de una parte significativa de la plantilla de la sucedida.

El traslado de todo ello al presente supuesto presente en teóricamente una problema más, ya que estamos aparentemente ante una transmisión de una franquicia. Por ello, debemos determinar en primer lugar en que consiste el negocio jurídico que sustenta las relaciones entre el franquiciado y el franquiciador, y así poder analizar si la transmisión de este tipo de actividades tiene encaje en el precepto anunciado. Para ello debemos acudir al artículo 62.1 de la Ley 7/1.996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista , donde define el contrato de franquicia como el *"acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios"* , cuyo objeto no puede ser otro que la cesión a cambio del pago de un canon de "un conjunto de derechos sobre bienes inmateriales" susceptible de configurar la exclusiva imagen de empresa; el Reglamento CEE 4087/1988 -desde 1 de enero de 2000 sustituido por el Reglamento CE 2790/1999-, que regulaba los acuerdos de franquicia, definía por su parte que la franquicia en el artículo 1.3.a) como " *un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, "know-how" o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales "*; mientras que el contrato de franquicia se definía en el apartado b) del mismo precepto como " *el contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios y que comprende por lo menos: el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato; la comunicación por el franquiciador al franquiciado*



de un "know-how"; y la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo", definición que tiene valor referencial, aunque este Reglamento CEE 4087/1988 haya sido sustituido.

A partir de ello, se puede señalar, que contrato de franquicia es un acuerdo entre empresarios por el que el franquiciador transmite al franquiciado todo un conjunto de derechos de propiedad industrial, así como productos o servicios y la asistencia y asesoramientos de imagen precisos para su mejor explotación por parte del segundo que, a cambio, se obliga a pagar una cantidad inicial o cuota, así como el precio de los productos o servicios proporcionados y, en su caso, un porcentaje sobre la cifra de negocios obtenida. Aunque es preciso señalar, como recoge la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -Sevilla- de 24 de enero de 2013, rec. 821/2012, con cita de la STJCE de 2 de diciembre de 1999, asunto Allen y otros-, que a pesar de que la persona o sociedad que recibe la franquicia tiene total independencia frente a la empresa franquiciadora, ello no es obstáculo para que se pueda aplicar el artículo 44 TRLET, como lo es de forma similar a lo que ocurre en los supuestos de transmisión que se produce entre dos empresas filiales de un mismo grupo empresarial que gocen de personalidad jurídicas diferentes. A lo que se debe añadir, que de entrada no existe ningún impedimento legal que excuse en estos supuestos la aplicación del régimen comunitario y legal de sucesión de empresas, ni la doctrina jurisprudencial y comunitaria que se ha creado en aplicación del mismo, puesto que si lo que se quiere proteger son los derechos de los trabajadores frente a los cambios de titularidad empresarial que se puedan producir, deberemos atender a la realidad de los negocios jurídicos y su comportamiento en el mercado más que a las formas jurídicas que muchas de las veces se utilizan para sustraerse del cumplimiento que las leyes les imponen.

En el presente caso tal y como se sucedieron los hechos, debemos recordar, que en el mismo día en que son despedidas las trabajadoras (11-5-2012), se produjo la transmisión de todos activos de la empleadora (franquiciado) a la franquiciadora, de tal modo que: a) la empleadora y COMESS (franquiciador) de mutuo acuerdo procedieron a resolver el contrato de franquicia que a ambas les obligaba hasta ese momento; b) (COMESS), adquirió en virtud de otro contrato de compraventa todo el patrimonio empresarial de la empleadora existente en el establecimiento, dado, y así se especifica en el hecho probado décimo, que deseaba continuar con la explotación; c) COMESS, además, suscribió con el propietario del local que dejaba la empleadora, también nuevo contrato de arrendamiento; d) COMESS, por otra parte, no se limitó a la compra de activos, sino que desarrollo la misma actividad que antes realizaba la empleadora, eso si después de hacer diversas obras en el local, y lo hizo durante un tiempo -fundamento de derecho quinto, con valor de hecho probado-; e) y no es hasta el 24.09.2012, cuando Luisa, y Germán firman con COMESS, un nuevo contrato de franquicia Lizarran, para explotar el mismo local y actividad económica donde trabajaron las dos actoras, así como un contrato de compraventa de activos por el que COMESS les vuelve a transmitir todos los activos materiales e inmateriales "Know-How" que previamente había comprado y rescatado de la empleadora de las trabajadoras; f) el 28.09.2012, estas dos personas constituyen la sociedad "2MOSTRA2, SCP", que es la que explota actualmente el citado negocio.

A la vista de lo narrado se torna incuestionable que lo transmitido entre Lizarran Vilanova, S.L. (empleadora) y COMESS, al margen de que las trabajadoras fueran despedidas el mismo día en que se materializó la transmisión, fue una entidad económica que mantuvo su identidad, pues no sólo la empleadora le transmitió los elementos materiales que se encontraban en el establecimiento, sino que además adquirió la unidad de negocio de restauración que como queda reflejado, no solo pudieron ser explotados por COMESS, sino que le sirvieron para transmitirlos de nuevo a nueva empresa, que desde octubre de 2012 los explota como lo hizo antes la empresa Lizarran Vilanova, S.L., y todo ello sin alterar el ámbito de negocio, utilizando los mismos métodos de trabajo, bajo la misma denominación comercial, etcétera...lo que no sólo añade una apariencia de continuidad sino que como venimos diciendo es un claro supuesto de sucesión empresarial del artículo 44 TRLET, en cuanto que la transmisión tuvo por objeto una entidad económica completa que mantuvo su identidad tras producirse el cambio de titular.

Se alega por parte de la empresa COMESS que no hubo sucesión por cuanto esta empresa se dedica únicamente a comprar franquicias que no son rentables, y realiza las operaciones que sean oportunas para venderla a un tercero. Actividad que no es del todo cierto, por que en este caso compró su propia franquicia, lo que equivale a un rescate de un negocio que previamente vendió, y además, que no se dedique a explotarlo directamente, circunstancia que no se ha producido como hemos indicado, no desnaturaliza que lo que compró o que transmitió sea una unidad económica con entidad propia, pues no podemos pasar por alto que no solo adquiere los elementos patrimoniales, que ya es un dato más que relevante de la transmisión sino los clientes que el antiguo franquiciado podía tener y además, podía sin más continuar con la explotación del negocio, como en realidad hizo.



TERCERO.- Desde esta perspectiva habiendo fijado que la compra de la franquicia por parte de COMESS lo fue para continuar explotando el negocio, y que ello, determina la existencia de una auténtica sucesión empresarial, el paso siguiente nos debe llevar, a determinar si los efectos del despido improcedente, que no se discuten, se pueden extender también a las dos empresas sucesoras.

Por lo que respecta a "2MOSTRA2" siendo incuestionable que ninguna relación tuvo con Lizarran Vilanova, S.L., ni con la empleadora de las trabajadoras, tampoco lo puede haber es que entre COMESS y esta sociedad, se produjo otra sucesión, por lo que si el artículo 44 del TRLET pretende proteger los derechos de los trabajadores que se vean implicados en este tipo de sucesión, el hecho que haya habido durante el proceso de despido más de un cambio de titularidad no puede desnaturalizar la respuesta que el legislador previó para estos supuestos, ni puede alterar las consecuencias del mismo, ni tampoco la responsabilidad que "ope legis" se le impone a todas las empresas que hayan participado en la misma, entender lo contrario sería abrir una puerta falsa, por la que podrían entrar todos aquellos cambios de titularidad encadenados realizados con el propósito de eludir el cumplimiento de las obligaciones que dicho precepto les impone en relación con el mantenimiento del derecho de los trabajadores y las consecuencias que de estos actos se puedan derivar.

En esta tesitura, como las actoras fueron despedidas el mismo día en que se produjo la compra de la empresa por parte de COMESS, y el despido ha sido declarado improcedente, una vez que COMESS volvió a transmitir a "2MOSTRA2", de acuerdo con lo que dispone el artículo 56 en relación con el artículo 44.3 TRLET, de las consecuencias del mismo, no sólo responderá la empleadora directa de las actoras sino que lo deberá hacer de forma solidaria con las empresas sucesoras COMESS y "2MOSTRA2". Pero, como a la empleadora, ya en su momento se le dio el derecho de opción, y no lo ha ejercitado, al menos no consta en autos que lo haya hecho, inalterada la resolución en este punto y manteniéndose la condena por despido improcedente, ahora su aplicación también al resto de las demandadas, comporta que debamos ofrecerle el derecho de opción, para que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta nuestra resolución ejercite por escrito y ante esta Sala, su derecho de optar, entre la readmisión de las actoras en las mismas condiciones que tenían antes de producirse el despido con el abono de los salarios de tramitación entre la fecha del despido y la fecha de esta resolución a razón de 48,33 (Luisa) y 47,22 (Marí Jose) euros diarios brutos, o en caso, contrario, por la extinción definitiva de los contratos, con el abono de las indemnizaciones que recoge la sentencia, suma a la que se deberá añadir las cantidades que cada una reclamaba en concepto de salario devengados y no percibidos y finiquito.

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por Mónica , y Marí Jose , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Barcelona, de 30 de diciembre de 2013 , en los autos núm. 512-/2012 y acumulado 513/2012, instados por ellas mismos, frente a las empresas Lizarran Vilanova, S.L., Comess Group Restauración, S.L., 2MOSTRA2, SCP, y Luisa , y Germán , debemos revocar la sentencia únicamente en lo que se refiere a los responsables que deben soportar la condena, y en este sentido, manteniendo la condena en los mismos términos que recoge el fallo impugnado con relación a la empresa Lizarran Vilanova, S.L. ahora, la misma debe extenderse de forma conjunta y solidaria a Comess Group Restauración, S.L., y 2MOSTRA2, SCP, así como frente a Luisa , y Germán , como socios de la anterior de acuerdo a sus respectivas responsabilidades, y en consecuencia, 2MOSTRA2, SCP, y Luisa , y Germán , como última sucesora deberá ejercer su derecho de opción en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia por escrito ante esta Sala, y decidir si quiere readmitir a las dos trabajadoras en las mismas condiciones que tenían antes de ser despedidas, en este caso además abonándoles los salarios de tramitación entre la fecha del despido y la fecha en que se produzca la efectiva readmisión a razón de 48,33 (Luisa) y 47,22 (Marí Jose) euros diarios brutos, o hasta que hubieren encontrado otros empleo, si tal colocación fuere anterior a esta sentencia y se probase por el empresario lo percibido para su descuento, o por el contrario, si se opta por la extinción de los contratos, deberá abonar conjuntamente y solidariamente con Comess Group Restauración, S.L. y Lizarran Vilanova, S.L., a las actoras las indemnizaciones en las cuantías que recoge la sentencia recurrida. Condena solidaria que se debe extender igualmente al pago a las otras las cantidades que recoge el fallo de la resolución impugnada. El resto de las decisiones que contiene el fallo de la sentencia permanecerán inalteradas. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días



siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER , Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.