



Roj: **STSJ CANT 170/2016 - ECLI: ES:TSJCANT:2016:170**

Id Cendoj: **39075340012016100155**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **10/02/2016**

Nº de Recurso: **1083/2015**

Nº de Resolución: **126/2016**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **MARIA DE LAS MERCEDES SANCHA SAIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA n° 000126/2016

En Santander, a 10 de febrero del 2016.

PRESIDENTA

Ilma. Sra. D^a. MERCEDES SANCHA SAIZ (Ponente)

MAGISTRADOS

Ilmo. Sr. D. Rubén López Tamés Iglesias

Ilma. Sra. D^a. María Jesús Fernández García

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen, ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Federico contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Santander, ha sido nombrada Ponente la Ilma. Sra. D^a. MERCEDES SANCHA SAIZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Según consta en autos se presentó demanda por D. Federico , siendo demandados la Universidad de Cantabria, Luis y Salvador , sobre despido, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 15 de octubre de 2015 , en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO .- Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º .- Don Federico , ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada Norberto González Ortiz, con una antigüedad desde el 1 de noviembre de 1978, categoría profesional de ayudante de camarero, salario mensual de 1.626,20 euros con prorrata de pagas extraordinarias, habiendo desempeñado sus funciones en la cafetería de la Facultad de Medicina de la Universidad de Cantabria.

2º .- La referida empresa, -antigua concesionaria de la citada cafetería-, cesó su actividad por jubilación de su titular con fecha 30 de junio de 2015, fecha en la que causó baja el Sr. Salvador en el censo de empresarios de la Agencia Tributaria. Asimismo en dicha fecha, la empresa acordó la extinción del contrato del actor, quien firmó el documento de finiquito y de liquidación de su contrato y a quien se le dio de baja en la Tesorería General de la Seguridad Social.

3º .- Con fecha de efectos de 1 de julio de 2015, el Instituto Nacional de la Seguridad Social reconoció a Don Salvador pensión de jubilación.



4º.- Por resolución de la Universidad de Cantabria, de fecha 10 de diciembre de 2014 se aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de contratos de servicio de cafetería, adjudicados por procedimiento negociado, sin publicidad y, por resolución de fecha 20 de mayo de 2015 se acordó la adjudicación a la empresa José Manuel Lopez Canal.

5º.- En el caso de imponerse al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, establece la cláusula administrativa particular nº 10 del referido pliego, que se indicará en el apartado 14 del anexo I del presente pliego 14. Consta en la casilla del referido apartado 14 la no obligación de subrogarse como empleador, constando en el anexo II, la relación de equipos, aparatos y demás enseres, que ha puesto a disposición del contratista la Universidad de Cantabria, la cual se da por reproducida.

6º.- La empresa José Manuel Lopez Canal, tras la firma del contrato efectuada con fecha 12 de junio de 2015, ha comenzado su actividad el día 1 de septiembre de 2005, tal y como se fija en el mencionado contrato.

7º.- Las relaciones laborales de las partes se rigen por el convenio colectivo de hostelería de Cantabria.

8º.- El preceptivo acto de conciliación instado terminó sin avenencia.

TERCERO.- En dicha sentencia se dictó el siguiente fallo o parte dispositiva: "Se desestima la demanda formulada por Don Federico contra la empresa Norberto González Ortiz contra la empresa José Manuel Lopez Canal y contra la Universidad de Cantabria y se absuelve a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra".

CUARTO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia del Juzgado de lo Social número 5 de Santander, de fecha 15 de octubre de 2015, desestima la demanda de despido formulada por D. Federico, al apreciar que no se ha producido sucesión de empresas (ni legal ni convencional), y que su contrato se ha extinguido como consecuencia de la jubilación del empresario.

Disconforme con dicha resolución judicial, recurre en suplicación el trabajador a través de un único motivo, con fundamento en el apartado c) del art. 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social; habiendo sido objeto de impugnación por las codemandadas.

En el no controvertido relato histórico de la sentencia se afirma que el demandante recibió de Salvador, antiguo concesionario de la cafetería de la Facultad de Medicina de la Universidad de Cantabria (UC), para quien prestaba servicios como ayudante de camarero desde el 1-11-1978, una carta en la que le comunicaba la extinción del contrato de trabajo por pasar el empresario a la situación de jubilado, y que efectivamente por resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social se le reconoció el derecho a percibir pensión de jubilación con efectos al 1-07-2015. Se afirma también que la UC, por resolución de 10-12-2014, aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de servicio de cafetería, por procedimiento negociado y sin publicidad, adjudicando la referida contrata, el 20-05-2015, a la empresa José Manuel L.C., comenzando la actividad de la cafetería el día 1-09-2015.

SEGUNDO.- 1.- Denuncia el recurrente la infracción, por aplicación indebida, del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 49.1.g) del mismo texto legal y la Directiva 77/1987 de la CEE (actual 2001/23/CE de 12 de marzo).

Fundamenta su pretensión en la concurrencia de los requisitos necesarios para apreciar la existencia de sucesión empresarial entre la empresa saliente y la entrante respecto a la gestión de la cafetería de la Facultad de Medicina de la UC.

2.- Con carácter previo, es necesario puntualizar que la subrogación convencional y la sucesión de empresas (legal) del artículo 44 del ET, son supuestos distintos. Cada una de ellas cuenta con una regulación propia. Por tanto, pueden existir casos de subrogación legal del artículo 44 ET, totalmente ajenos a la subrogación convencional. En tales circunstancias, la situación se regirá única y exclusivamente por la normativa legal.

No obstante, existen también supuestos de superposición entre ambas figuras, de manera que una subrogación convencional sea, al mismo tiempo, un supuesto de sucesión legal de empresas. En tales casos la relación entre la norma legal y la convencional se rige por las previsiones del artículo 3 ET. El convenio colectivo puede mejorar el marco legal en beneficio de los trabajadores, pero no puede reducir los derechos y garantías de éstos por debajo de ese mínimo legal.



Por consiguiente, una vez que a la vista de las circunstancias nos encontremos ante un supuesto de sucesión de empresas se impone la transmisión de la relación jurídica laboral por imperativo legal y la misma no puede ser excluida por el convenio colectivo.

3.- Esto nos lleva a analizar, en primer lugar, si en este caso se ha producido una sucesión legal del artículo 44 ET .

En cuanto a la existencia de sucesión de empresas, el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44 ET , es si la entidad de que se trata mantiene su identidad tras el cambio de titular.

Uno de los elementos fundamentales para ello es que continúe de forma efectiva la explotación o que se reanude (SS Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18-3-1986, caso Spijkers y de 11-03-1997, caso Süzen).

La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (STSJUE de 19-09-1995, caso Rygaard).

De este modo, el concepto de entidad económica independiente hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica y que persigue un objetivo propio (STJUE 11-03-1997).

Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la misma, entre las cuales se encuentra el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate. La transmisión o no elementos materiales como edificios y otros bienes muebles. El valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión. Que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores. Que se haya transmitido o no la clientela. Finalmente, deberá analizarse el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades.

Como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19-05-1992 (Redmond Stichting, asunto C- 29/1991), entre las circunstancias que han de considerarse se encuentra el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión. Esa identidad puede resultar del hecho de que se trate de una actividad esencialmente realizada mediante la aportación de mano de obra y que el grupo organizado de los trabajadores dedicados a la realización de tales tareas o una parte sustancial de los mismos sea coincidente.

Debe considerarse, en cualquier caso, que los diferentes elementos que se mencionan, esto es, la transmisión de medios materiales, transmisión de la plantilla o de la mayor parte de ella, analogía de las actividades, etc., son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden apreciarse aisladamente (SSTJCE 18-03-1986 y 11-03- 1987).

4.- En el supuesto actual la resolución recurrida niega la existencia de sucesión legal ya que "no hay transferencia de medios materiales entre los dos empresarios".

Sobre este particular, los datos fácticos son francamente escasos, únicamente cabe deducir -del quinto hecho probado- que en el anexo II del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de servicios de cafetería suscrito, consta una relación de equipos, aparatos y enseres puestos a disposición del contratista por parte de la Universidad de Cantabria, en el que se enumeran varias mesas, sillas, lavavajillas, etc. Esta transmisión de elementos patrimoniales, sin más fundamento, no es suficiente para sostener que se ha producido la transferencia de una entidad económica organizada.

TERCERO .- 1.- Una vez descartada la sucesión legal procede analizar, a continuación y conforme al principio *iura novit curia* , si se ha producido la sucesión convencional.

Así lo dispone la STS/IV de 25-02-2014 (rec. 646/2013), al afirmar que en las contrataciones sucesivas de servicios en las que no se transmite una unidad productiva autónoma, "sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET , sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida (SSTS 10/12/97 -rec. 164/97 -; 29/01/02 -rec. 4749/00 -; 15/03/05 -rec. 6/04 -; y 23/05/05 -rec. 1674/04)...".

2.- En el caso litigioso la resolución de instancia niega dicha sucesión convencional.

A tal efecto el art. 8 del Convenio Colectivo de hostelería para Cantabria, para el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2014 y el 31 de diciembre de 2016 (BOC 1-08-2014), viene a reproducir los términos del art. 44



del ET al decir: "SUBROGACION DE EMPRESA: El cambio en la titularidad de la empresa, centro de trabajo, o de una unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior. Cuando el cambio tenga lugar por actos ínter vivos, el cedente, y en su defecto el cesionario, está obligado a notificar dicho cambio a los representantes legales de los trabajadores de la empresa cedida, respondiendo ambos solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas...".

3.- No obstante, como ya expuso esta Sala de Cantabria en sus sentencias de 11-08-2008 (rec. 726/2008) y 11-02-2015 (rec. 889/2013), ante esta situación debe considerarse entonces el contenido de la disposición adicional tercera de dicha norma , por cuanto señala que "en lo no dispuesto en el presente convenio, se estará a lo establecido en la normativa laboral vigente y en el Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de Hostelería", esto es, en la actualidad al V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería (ALEH V), publicado en el BOE el 21-05-2015, con vigencia desde el 1-1-2015 hasta el 31-12- 2019.

Dicho Acuerdo regula la subrogación convencional en el subsector de colectividades de restauración social, en el capítulo XII, artículos 57 y siguientes.

El artículo 59.1 del citado ALEH V establece que "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.

Por su parte el art. 60 del Acuerdo dice: "Lo dispuesto en el presente capítulo será de aplicación en todos los supuestos de sucesión o sustitución de empresas, en los que no exista, transmisión patrimonial, como consecuencia del cambio de titularidad de una empresa, centro de trabajo, de una unidad productiva autónoma, de una unidad de explotación, comercialización o producción de las actividades de colectividades, o partes de las mismas en virtud entre otros supuestos:

En los supuestos en que una empresa cese en la actividad de colectividades por decisión de la empresa principal y ésta se haga cargo directamente de la explotación, desarrollando dicha actividad de forma exclusiva o principal, asumirá la posición de empresa cesionaria conforme a lo previsto en este capítulo. Si la actividad pasase a prestarse por una tercera empresa, participada por la principal o dependiente de ella, en régimen de concesión, arrendamiento o cualquier otro título, operaría igualmente la subrogación.

Por lo que, lo dispuesto en este capítulo será de aplicación entre otros supuestos a:

a) Transmisión derivada de la existencia de una manifestación contractual expresamente suscrita al efecto entre la empresa principal o cedente y cesionaria, entendiéndose por tal, cualquier acto jurídicamente relevante que pueda entrañar una modificación de la titularidad de la empresa: contrato de arrendamiento o cualquier otro, ya sea mercantil o civil, resolución administrativa o sentencia firme, incluso la cesión mortis causa.

b) Sucesión de contratos, Concesión de la explotación de servicios y concesiones administrativas. En los supuestos de sucesión por concesiones administrativas operará el presente capítulo con independencia de lo contemplado en el pliego de condiciones.

c) Fusión o aparición de nueva personalidad jurídica derivada de la unión de dos o más empresas anteriormente existentes, que desaparecen para dar paso a una nueva sociedad.

d) Absorción empresarial en la que permanece la personalidad jurídica de la empresa absorbente, aunque desaparezca la de la absorbida.

e) Se incluyen asimismo:

1. Supuestos de transmisión derivados de una intervención judicial, como puede ser un concurso de acreedores, o restitución de la empresa a su primitivo propietario como consecuencia de una decisión judicial que resuelve un contrato, ya sea mercantil o civil.

2. Supuestos de transmisión derivados de una intervención judicial, que resuelva el contrato por incumplimiento de las cláusulas del pliego de la concesión. Asimismo, operará la subrogación en los términos expresados en el presente capítulo, cuando por incumplimiento de los términos del pliego de la concesión, arrendamiento, o cualquier otra modalidad jurídica de índole similar la empresa principal resuelva el contrato designando directamente al nuevo titular de la concesión".

4.- Por tanto, la sucesión empresarial convencional vendría impuesta no por el art. 8 del Convenio de Hostelería para Cantabria , sino a virtud del artículo 59 y siguientes del Acuerdo laboral referido, que no exige, como se ha visto, la transmisión patrimonial.



Ahora bien, el ALEH V establece una serie de requisitos formales para que la sucesión empresarial tenga lugar, a lo largo del art. 61, señalando que, en caso de cumplimiento, será la cesionaria la que, de forma automática, se hará cargo del personal.

Además, el art. 61.1 del ALEH V al regular la adscripción del personal establece la obligación de la empresa cesionaria de respetar "los derechos y obligaciones económicas, sociales, sindicales y personales que disfrutaran en la empresa cedente los trabajadores que se encontrasen en alguno de los siguientes supuestos:

a) Trabajadores y trabajadoras en activo que presten sus servicios en dicho centro de actividad con una antigüedad mínima de los cuatro últimos meses en el mismo, sea cual fuere la naturaleza o modalidad de su contrato de trabajo. A efectos de este cómputo se entenderá como tiempo trabajado los períodos de vacaciones, incapacidad temporal u otros supuestos de suspensión de contrato por causa legal o paccionada (...)".

La norma contempla, además, determinados supuestos que quedarán fuera de la sucesión convencional, como son los casos de los "del empresario o empresaria individual o los socios o socias accionistas con control efectivo de la empresa, administradores o gerentes de la misma, cónyuges de los citados anteriormente y trabajadores o trabajadoras contratados como fijos o fijos discontinuos y que tengan relación de parentesco hasta 2.º grado de consanguinidad o afinidad con los anteriores, salvo pacto en contrario" (art. 60.2), no quedando afectados dichos trabajadores por la subrogación empresarial.

Teniendo en cuenta la referida normativa, resulta claro que la falta de transmisión del elemento patrimonial, no obsta a la sucesión convencional impuesta por el artículo 59 del Acuerdo laboral estatal del sector.

5.- En el supuesto actual, consta probado que: a) la actividad desplegada por el empresario saliente continúa desarrollándose por el entrante, siendo la actividad de prestación de servicios de cafetería; b) su desarrollo se produce en las mismas instalaciones que la anterior (en la Facultad de Medicina de la UC), siendo idéntica la clientela y algunos de los medios materiales; y c) el actor prestaba servicios como ayudante de camarero desde el año 1978, por lo que estaba en activo y tenía la antigüedad mínima de los cuatro últimos meses.

Por tanto, a luz de los referidos datos fácticos resulta claro que la nueva adjudicataria del servicio de cafetería (cesionaria), tenía la obligación de subrogar al actor, pues al tiempo de hacerse cargo del centro de trabajo, éste reunía los requisitos exigidos en los artículos 59, 60 y 61 de la norma convencional que impone la sucesión.

Dicha empresa -a quien le competía la carga de la prueba-, no ha justificado la falta de cumplimiento, por parte del anterior empresario, de los requisitos formales exigidos convencionalmente o la inclusión del actor en el supuesto excepcional previsto en el artículo 61 del ALEH V. Por el contrario, se ha acreditado un cambio de titularidad en el centro de trabajo en el que éste venía prestando servicios. En consecuencia, dicha empresa quedaba obligada a respetar los derechos y obligaciones tanto económicos, como sociales, sindicales y personales que se vinieran disfrutando en la anterior.

Este mismo criterio es el mantenido por la STSJ Aragón de 21-03-2007 (rec. 27/2007), respecto de la contrata del servicio de cafetería de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Zaragoza.

6.- La existencia de sucesión empresarial no se ve entorpecida por la firma de un documento de liquidación de contrato, al que se alude en el segundo hecho probado, y en el que expresamente consta que el trabajador no está conforme; de donde se desprende que no hay anuencia a la resolución contractual pretendida.

7.- Uno de los argumentos esgrimido por la representación legal de la nueva empresa adjudicataria del servicio, amán de la ausencia de sucesión, es el relativo a que ha existido un lapso temporal relevante entre el cese del anterior empresario (30-06- 2015) y el inicio de la actividad laboral (1-09-2015).

Sobre este particular entendemos que dicha inactividad no es impedimento para la subrogación. El tiempo transcurrido se concreta en el periodo estival en el que la Facultad de Medicina de la UC permanece cerrada; por lo que no es, en el supuesto actual, un elemento que juega en contra de la sucesión, ya que el hecho de que la cafetería permaneciera sin actividad en el verano, impide que la cesionaria llegue a perder las relaciones con los clientes (alumnos y profesores).

8.- Existiendo sucesión empresarial el cese del actor equivale a un despido que debe calificarse de improcedente, ya que ha de entenderse que se ha producido la extinción de su relación laboral, no estando amparada en causa legal de cese, a tenor del art. 49.1.g) del ET, que entiende extinguido el contrato, entre otras causas, por jubilación del empresario "sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 44" del ET. Siendo responsable de sus consecuencias la empresa obligada a subrogarse en la relación laboral del actor, el cesionario "Luis", que decidió no hacerlo, y conforme a las consecuencias previstas en el art.56 del ET.



En aplicación de dicho artículo, el importe indemnizatorio asciende a 67.364,78 euros, tomando en consideración una antigüedad de 1-11-1978.

Lo que nos lleva a estimar el recurso y revocar la sentencia recurrida en dichos términos.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Federico , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de Santander (Proc. 485/2015), con fecha 15 de octubre de 2015 , que revocamos y, en su lugar, declaramos la improcedencia del despido del actor, acontecidos el día 30 de junio de 2015, condenando a las empresas "Norberto González Ortiz", "José Manuel Lopez Canal" y a la Universidad de Cantabria, a estar y pasar por tal declaración, y a la empresa "José Manuel López Canal" a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido o la extinción del contrato de trabajo del actor, con el abono de una indemnización cifrada en 67.364,78 euros, y con abono, en caso de readmisión, de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, a razón de 53,46 euros diarios aunque puede descontar, día a día, los salarios que los trabajadores hayan podido percibir en otro empleo posterior al despido. Sin costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad autónoma, previniéndoles de su derecho a interponer contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse ante esta la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dentro de los diez días hábiles, contados a partir del siguiente a su notificación. La empresa si recurriere deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de la Sala de este Tribunal Superior al tiempo de la preparación del recurso, la consignación de un depósito de 600 euros en la cuenta núm. 3874/0000/37/1083/15, abierta en la entidad de crédito SANTANDER, Código identidad 0030, Código oficina 7001. Igualmente, deberá consignar en la misma cuenta citada, otro depósito por la cantidad total importe de la condena.

Devuélvanse, una vez firme la Sentencia, los autos al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, y déjese otra certificación en el rollo a archivar en este Tribunal.

Así, por esta nuestra Sentencia la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la sala de audiencia de este Tribunal. Doy fe.