



Roj: **STSJ AND 192/2016 - ECLI: ES:TSJAND:2016:192**

Id Cendoj: **41091340012016100018**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **28/01/2016**

Nº de Recurso: **100/2015**

Nº de Resolución: **273/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rº 100/15 mba

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

Ilmos. Señores:

DÑA. ELENA DIAZ ALONSO

DÑA . Mª GRACIA MARTÍNEZ CAMARASA

D. JOSE JOAQUIN PEREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a veintiocho de enero de 2016

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚM. 273/16

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Verónica contra la sentencia del Juzgado de lo Social número TRES de los de JEREZ DE LA FRONTERA, Autos nº 52/14 ha sido Ponente la Ilتما. Sra. Dª. Mª GRACIA MARTÍNEZ CAMARASA, Magistrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Según consta en autos se presentó demanda por Verónica contra Raúl , CLUB NAZARET ASOCIACION RECREATIVA Y CULTURAL, AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING Y FOGASA se celebró el Juicio y se dictó sentencia el 15/0514 por el Juzgado de referencia en la que se estimó la demanda.

SEGUNDO .- En la citada sentencia y como hechos probados constan los siguientes:

PRIMERO.- 1.- La actora, Doña Verónica , mayor de edad, con DNI núm. NUM000 , -en lo que importa a la presente *litis* - ingresó en la plantilla laboral indefinida de la demandada AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING SL (dedicada a la actividad de hostelería) el día 5 de julio de 2010, desde entonces, y hasta el 29 de noviembre de 2013 , para ella ha desarrollado los servicios inherentes a la categoría profesional de ayudante de cocina, en virtud de contrato a tiempo parcial, a cambio de un salario diario con inclusión de prorratas de pagas extraordinarias de 20,43 euros, lo que supone una cantidad mensual de 612,97 euros .

2.- La actora no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegado de personal o miembro de comité de empresa.



SEGUNDO.- La empresa AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING SL venía explotando el servicio de catering, cafetería, restaurante, buffet, etc, en las instalaciones del Club Nazaret.

TERCERO.- Desde el 25 de noviembre de 2013 a la actora así como al resto de la plantilla de la empresa AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING SL se le impidió el acceso a su puesto de trabajo por la codemandada ASOCIACION RECREATIVA Y CULTURAL " CLUB NAZARET". Con fecha 29 de noviembre de 2013 es dada de baja en la TGSS por AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING SL.

CUARTO.- Desde el día 29 de noviembre de 2013 y conforme al contrato mercantil suscrito el día 28 de noviembre de 2013, la ASOCIACION RECREATIVA Y CULTURAL CLUB NAZARET ha contratado a una nueva empresa para el servicio de hostelería en sus instalaciones, concretamente DON Raúl , indicándose en la cláusula sexta ultimo párrafo que el concesionario no tendría obligación de contratar a ningún trabajador que prestase sus servicios en el Club o admitir la subrogación de cualquiera de ellos y que trabajaran para el anterior concesionario.

QUINTO.- 1.- Con fecha 28 de noviembre de 2013 la empresa AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING SL solicitó al CLUB NAZARET por correo electrónico los datos de la nueva empresa concesionaria a fin de remitir a la misma toda la documentación conforme a los artículos 59 , 60 y 61 del Convenio Colectivo de aplicación.

2.- El CLUB NAZARET comunicó el 29 de noviembre de 2013 a AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING SL los datos del nuevo concesionario del servicio de hostelería , facilitando como datos de contacto " Raúl y el DNI NUM001 " .

SEXTO.- 1.- El representante de la empresa AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING SL se reunió con DON Raúl y el representante del CLUB NAZARET el día 1 de diciembre de 2013, manifestando en tal reunión el Sr. Raúl que no era su intención subrogar al personal.

2.- El día 2 de diciembre de 2013 la empresa AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING SL envía un correo electrónico al CLUB NAZARET por el que le indica que toda la documentación laboral relacionada en el artículo 61 del Acuerdo Interprovincial de Hostelería se encuentra en la sede social de la empresa AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING, para su recogida.

3.- A las empresas AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING SL y Raúl , dedicadas a la actividad de hostelería, les es de aplicación el Convenio Colectivo de empresas y establecimientos dedicados a la hostelería (BOP de Cádiz 16.05.2012) así como el Acuerdo Laboral de hostelería de ámbito estatal (BOE 30.09.2010).

SEPTIMO.- DON Raúl se reunió con la actora y otros trabajadores de la empresa en un bar y se ofreció a su contratación ex novo.

OCTAVO.- 1.- Disconforme la actora con su baja de fecha 29 de diciembre de 2013, la misma interpuso demanda ante el CMAC el 10.12.2013 en reclamación por despido

2.- El 8 de enero de 2013, aunque sin efecto, se celebró el oportuno intento conciliatorio entre las partes sin que se lograse avenencia.

3.- Y finalmente el 14 de enero de 2013, interpuso la preceptiva demanda por la que solicita se declare la improcedencia de su despido.

NOVENO.- La actora no llegó a comunicar a DON Raúl ningún dato de su relación laboral con AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING SL.

DECIMO.- Los trabajadores DON Juan Enrique , DON Abel , DON Ambrosio , DON Balbino , DON Camilo , DON Cornelio , DOÑA Fátima Y DON Emilio han formulado demanda de conciliación ante el CMAC por impagos salariales del mes de octubre a diciembre de 2013.

TERCERO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el demandante que fue Impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de instancia estimó la demanda por despido formulada por la actora, en cuanto dirigida contra la empresa AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING, S.L., declarando improcedente el despido de la actora de fecha 29-11-2013 y condenando a la referida demandada a optar entre la readmisión de la trabajadora o el abono de la indemnización que fijaba, y para el supuesto de que optase por la readmisión al abono de los salarios de trámite desde la fecha del despido y hasta la de notificación de la sentencia, absolviendo a los codemandados de los pedimentos de la demanda.



Contra dicha sentencia interpone la actora recurso de suplicación, que se impugna de contrario por los demandados Raúl y **ASOCIACION RECREATIVA Y CULTURAL CLUB NAZARET**.

El recurso contiene tres motivos formulados al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), los dos primeros, y al amparo del apartado c) de la misma norma procesal el tercero.

En los motivos primero y segundo solicita la recurrente la revisión del relato fáctico de la sentencia interesando, en concreto, lo siguiente:

Motivo primero: que se dé nueva redacción al hecho probado tercero, anteponiendo al texto que ya consta los párrafos que propone y quedando el mismo redactado del modo siguiente:

" El 14 de noviembre de 2.013, el Club Nazaret-Asociación Recreativa y Cultural envió comunicación a Al Gusto Hostelería Catering S.L., notificando su voluntad de rescindir el contrato suscrito el 01 de octubre de 2.011, con fecha de efectos del 24 de noviembre de 2.013. Al Gusto Hostelería Catering S.L no aceptó dicha resolución unilateral.

El 25 de Noviembre de 2.013, D. Mariano , Director del Club Nazaret-Asociación Recreativa y Cultural no permitió la entrada a los trabajadores de Al Gusto Hostelería Catering S.L a su centro de trabajo, por haber resuelto extrajudicialmente el contrato con esta empresa. D. Octavio como representante de Al Gusto Hostelería Catering S.L requirió presencia Notarial, levantando acta de presencia n° 1270 ese mismo día el Notario D. Gonzalo García-Manrique y García da Silva.

Ante la negativa de entrada de los trabajadores D. Octavio alega que el contrato permanece en vigor, que por burofax se le ha notificado la resolución unilateral del contrato y no extrajudicial, y que se debería permitir el acceso a los trabajadores. El Notario constata que existen doce trabajadores en la puerta esperando para entrar

Desde el 25 de noviembre de 2.013 al actor así como al resto de la plantilla de la empresa Al Gusto Hostelería Catering S.L, se le impidió el acceso a su puesto de trabajo por la codemandada Asociación Recreativa y Cultural "Club Nazaret". Con fecha 29 de noviembre de 2.013 es dado de baja en la TGSS por Al Gusto Hostelería Catering S.L" .

Motivo segundo: que se adicione un nuevo hecho probado del siguiente tenor literal:

"UNDÉCIMO.- Con fecha 29 de Noviembre de 2013 trabajadoras de la empresa AL GUSTO HOSTELERÍA Y CATERING, S.L. presentaron denuncia ante la Inspección Provincial de Trabajo en Cádiz, denunciando la falta de subrogación de la nueva empresa ya que la nueva empresa reunida informalmente con los trabajadores/as afectados/as, les había comunicado que no se subrogaría, pretendiendo que la relación laboral fuese ex novo."

La Sala accede en parte a la primera revisión en el sentido de añadir en el ordinal tercero del relato fáctico anteponiéndolo a lo que ya consta en el mismo que *" El 14 de noviembre de 2.013, el Club Nazaret-Asociación Recreativa y Cultural envió comunicación a Al Gusto Hostelería Catering S.L., notificando su voluntad de rescindir el contrato suscrito el 01 de octubre de 2.011, con fecha de efectos del 24 de noviembre de 2.013"*, dado que, así resulta de la prueba documental invocada al efecto por la recurrente, sin que ese hecho haya sido cuestionado por ese codemandado, siendo además relevante a los efectos del recurso; y rechaza la revisión en cuanto al resto por irrelevante al no añadir a lo que ya consta en el relato fáctico ningún dato de interés para la resolución de la cuestión litigiosa planteada.

Y rechaza la segunda revisión, por ser asimismo irrelevante para la resolución del recurso, quedando modificado en parte el relato fáctico de la sentencia en los términos que resultan de lo expuesto.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, con amparo como se ha dicho en el apartado c) del artículo 193 c) de la LRJS , denuncia la recurrente la infracción de los artículos 59 y 60 del IV Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de la Hostelería, alegando que se debe enjuiciar si se ha producido una sucesión de contratados, y que, de estimarse que ha sido así, de su despido debe responder el empresario entrante, Raúl que, habiendo suscrito el nuevo contrato con la Asociación codemandada, debió de subrogarse en la relación laboral que la empresa saliente mantenía con la trabajadora demandante, y subsidiaria o solidariamente la empresa saliente, AL GUSTO HOSTELERÍA Y CATERING, S.L.,

Planteado así el motivo y para su resolución hemos de partir --siguiendo el criterio expresado por esta Sala en su reciente sentencia de 14 de enero de 2016 , referida a otro trabajador de la misma empresa que había sido cesado por la empresa AL GUSTO HOSTELERÍA Y CATERING, S.L. en la misma fecha y circunstancias que la aquí demandante-- de que la propia recurrente admite que no procedía la subrogación ex artículo 44 del E.T ., puesto que, no ha habido transmisión de elementos materiales ni puede apreciarse tampoco que haya habido asunción de plantilla por parte del empresario entrante; pero mantiene en cambio que procedía la subrogación,



de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 59 y siguientes del IV Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de Hostelería.

El precepto citado establece, en efecto, la obligación de subrogación en las relaciones laborales "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..."; pero esa sucesión empresarial viene condicionada, no solo al cumplimiento de los requisitos subjetivos previstos en el art. 60 de ese Acuerdo, cuya concurrencia en este caso no se discute, sino al cumplimiento de los requisitos de forma que se indican en el artículo 61, conforme al cual, tras la notificación a la saliente por la empresa principal de la nueva adjudicataria del servicio, "... En el transcurso de los cinco días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de la comunicación del empresario principal, la empresa cedente deberá acreditar a la cesionaria, documentalmente y de forma fehaciente todos los supuestos anteriormente contemplados mediante los documentos y en los plazos que seguidamente se relacionan:

Certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Certificación negativa de la Administración de Hacienda.

Fotocopia de las cuatro últimas nóminas mensuales de los trabajadores y trabajadoras afectados.

Fotocopia de los TC-1, TC-2 y TC-2/1 de cotización a la Seguridad Social de los cuatro últimos meses.

Relación de personal en la que se especifique: Nombre y apellidos, domicilio, número de afiliación a la Seguridad Social, antigüedad, salario bruto anual, jornada, horario, modalidad de su contratación, fecha del disfrute de sus vacaciones y especificación del período de mandato si el trabajador o la trabajadora es representante sindical.

Trabajadores y trabajadoras que se encuentren en situación de suspensión de contrato de trabajo, indicando los datos a que se refiere el apartado anterior.

Fotocopia de los contratos de trabajo escritos del personal afectado por la subrogación.

Pactos o cláusulas firmadas con los trabajadores y trabajadoras, sean de carácter individual o colectivo.

Justificante de haber liquidado a todos los trabajadores y trabajadoras afectados por la subrogación, la parte proporcional de haberes hasta el momento de la misma, no quedando pendiente cantidad alguna.

En el caso de vacaciones pendientes de disfrute, la empresa saliente informará de esta situación a la entrante, estableciéndose entre ambas la forma de abono por cada empresa de la parte correspondiente.

La empresa saliente informará, en su caso, del estado exacto de los procesos, pleitos, litigios y de cuantos asuntos laborales se hallen pendientes o en curso ante la autoridad laboral competente o ante cuales quiera organismos públicos, tanto respecto a los trabajadores y trabajadoras en activo como a los ya cesados.

En este mismo plazo, se cumplimentarán los derechos de información y consulta de los trabajadores y trabajadoras previstas en el artículo 64 de este Acuerdo.

3. En la fecha de la subrogación prevista y una vez cumplidos los requisitos establecidos en el presente Acuerdo, la empresa cesionaria procederá a la incorporación de los trabajadores y trabajadoras".

En el caso aquí enjuiciado, la empresa condenada en la sentencia recurrida, según resulta del relato de hechos probados de la misma tras la revisión parcial a que se ha dado lugar, venía explotando el servicio de catering, restaurante, cafetería, etc, en las instalaciones del CLUB NAZARET, en virtud de contrato suscrito con éste el 1 de octubre de 2011, habiéndosele comunicado el 14 de noviembre de 2013 la resolución de dicho contrato con efectos de 25 de noviembre, fecha esta última (25 de noviembre de 2013) en que CLUB NAZARET contrató para dicha explotación a la empresa Juan Gómez Benítez; y el 29 de noviembre CLUB NAZARET comunicó a la mercantil AL GUSTO HOSTELERÍA Y CATERING, S.L., a instancia de ésta, los datos del nuevo concesionario del servicio, reuniéndose la representación de la empresa saliente con el empresario entrante el 1 de diciembre 2013, y manifestando el empresario que era su voluntad no subrogarse en los contratos de los trabajadores que habían venido prestando servicios en la indicada explotación. Y el día 2 de diciembre, la empresa AL GUSTO HOSTELERÍA Y CATERING, S.L. envió al empresario entrante, Raúl , un fax en el que se le indicaba que tenía a su disposición, en su sede social, la documentación requerida por el art. 61 del IV Acuerdo de Hostelería de Ámbito Estatal.

Y con tales presupuestos fácticos es claro que el recurso no puede prosperar, dado que, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, si la empresa saliente no hubiera cumplimentado de manera suficiente «los deberes que le impone el convenio colectivo no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante», siendo la empresa incumplidora de esa obligación la responsable de las consecuencias perjudiciales



que sobrevengan al trabajador afectado y más en concreto del despido en el caso de que se haya producido, y no cabe invocar en contra de ello la vulneración del derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, porque «dicho derecho está asegurado en cuanto persiste, en estos supuestos, la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente» (SSTS 10/12/97 -rec. 164/97 -; ...; 20/01/02 -rec. 4749/00 - 29/01 / 02 -rcud 4749/00 -; 11/03/03 -rec. 2252/02 -; y 28/07/03 -rec. 2618/02 -... Y aunque la subrogación puede operar, incluso, aunque la documentación de la empresa cesante en la contrata no está completa, si no se trata de «documentación imprescindible» para informar sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar haberse atendido las obligaciones dinerarias y de SS, en todo caso, si no se remite esa documentación no se produce transferencia alguna hacia la empresa contratante (SSTS 11/03/03 -rec. 2252/02 -; y 28/07/03 -rec. 2618/02 -).

En este caso de lo expresado resulta que la empresa saliente no cumplió debidamente la obligación impuesta en el citado precepto Convencional, dado que, si bien es cierto que, inicialmente, no le fue notificada la identidad del nuevo empresario, no es menos cierto que una vez producida la resolución del contrato que le unía a la empresa principal con efectos del 25 de noviembre, ya se le comunicó ese dato el 29 de noviembre, y que el 1 de diciembre se reunió con el empresario entrante, sin que le entregara ninguno de los documentos que se indican en el precepto convencional citado, a pesar de que tuvo oportunidad de hacerlo, en esa fecha y también en la reunión mantenida el 1 de diciembre, sin que sea suficiente a tal efecto en modo alguno la manifestación de que tenía esa documentación a su disposición en la sede de la empresa, puesto que su obligación era de entregarla al empresario entrante, o al menos acreditar que había intentado esa entrega, y la mera manifestación efectuada no permite estimar acreditado el requisito exigido, más si se tiene en cuenta que la Juzgadora de instancia indica que varios de los documentos requeridos, como son los justificantes de abono de nóminas de los cuatro últimos meses, o los certificados de estar al corriente de pago de las deudas derivadas de la relación laboral, no los podía aportar, y consta además, en el ordinal décimo del relato fáctico, que varios trabajadores formularon demanda de conciliación ante el CMAC por impagos salariales de octubre a diciembre de 2013, siendo esos documentos imprescindibles para que opere la subrogación, respecto de los trabajadores cuya subrogación se pretendía, de modo que habiéndolo entendido así la sentencia de instancia al negar la existencia de sucesión empresarial por dicha causa, no cabe apreciar la concurrencia de las infracciones denunciadas y debemos desestimar el motivo y el recurso confirmando la sentencia impugnada.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Verónica contra la sentencia dictada el 15 de mayo de 2014 por el Juzgado de lo Social Número 3 de Jerez de la Frontera, en virtud de demanda por ella presentada contra la empresa AL GUSTO HOSTELERÍA Y CATERING, S.L., la **ASOCIACION RECREATIVA Y CULTURAL CLUB NAZARET y Raúl**, en proceso sobre **Despido al que fue llamado el FOGASA**; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Se advierte a la parte recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita o de la exención de la obligación de constituir depósitos que, si recurre, deberá presentar ante esta Secretaría resguardo acreditativo de haber efectuado el depósito de 600 €, en la cuenta corriente de Depósitos y Consignaciones, núm.



4.052-0000-66-0100-15, abierta a favor de esta Sala en el Banco de Santander especificando en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Se advierte asimismo a la parte recurrente que, salvo en el caso de exención legal, deberá adjuntar al escrito de preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina, el ejemplar para la Administración de Justicia del modelo 696 aprobado por Orden HAP/2662/2012 de 13 de diciembre, con el ingreso debidamente validado, y en su caso el justificante de pago del mismo, en la cuantía establecida para el orden social por 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.

Devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la misma, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACION.- Sevilla a

La extiendo y, la Letrada de la Administración de Justicia, para hacer constar que una vez extendida la anterior resolución y firmada por los Magistrados que la dictan, se procede a la publicación y depósito en la Oficina Judicial, en el día de la fecha; ordenándose su notificación y archivo y dándose publicidad en la forma permitida u ordenada en la Constitución y en las Leyes, Doy fe.-