



Roj: **STSJ AND 893/2016 - ECLI: ES:TSJAND:2016:893**

Id Cendoj: **29067340012016100269**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **18/02/2016**

Nº de Recurso: **93/2016**

Nº de Resolución: **288/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE LUIS BARRAGAN MORALES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA

Avda. Manuel Agustín Heredia nº 16

N.I.G.: 2906744S20140011531

Negociado: **JL**

Recurso: Recursos de Suplicación 93/2016

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº13 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 831/2014

Recurrente: Miriam

Representante: PEDRO ANTONIO LOPEZ PEREZ-LANZAC

Recurrido: Jose Ángel y Jesús Carlos

Representante: MARIA ANGELES PARIS MANCILLA

Sentencia Nº 288/16

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES,

ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO

En la ciudad de Málaga a dieciocho de febrero de dos mil dieciséis

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN MÁLAGA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por DOÑA Miriam contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Trece de Málaga en autos 831-14, que ha tenido entrada en esta Sala el 27 de enero de 2016, ha sido Ponente el Magistrado don JOSE LUIS BARRAGAN MORALES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en autos se presentó demanda por DOÑA Miriam , bajo la dirección del letrado don Pedro Antonio López Pérez-Lanzac, en autos sobre DESPIDO, siendo demandados DON Jesús Carlos ,



bajo la dirección de la letrada doña María Ángeles Peris Mancilla, y DON Jose Ángel , en los que se ha dado intervención a FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, y se ha dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 21 de abril de 2015 , aclarada por auto de 18 de junio de 2015, cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: <Que estimando la demanda interpuesta por doña Miriam frente a las empresas Francisco J. Herrera Martín y Fogasa, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de la actora, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración y a que, por tanto, a su elección, le readmita en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la notificación de la resolución presente o bien le indemnice con la suma de 3.682,25 euros, entendiéndose en este caso extinguida la relación laboral a la fecha del despido (15.09.14), debiendo estar y pasar asimismo el Fogasa por el pronunciamiento presente con respecto a las responsabilidades que pudieran acontecer, advirtiéndole por último a la demandada que la opción señalada habrá de efectuarse ante este Juzgado de lo Social en el plazo de los cinco días siguientes, desde la notificación de la sentencia, entendiéndose que de no hacerlo así se opta por la readmisión. Se absuelve a la empresa Alberto Bernal Gil de los pedimentos aducidos en su contra. Se estima la demanda en el sentido de condenar a la empresa Francisco J. Herrera Martín al abono de 1.919,22 euros por los conceptos referidos en el hecho probado cuarto> .

SEGUNDO: En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

Primero.- La actora ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada Francisco J. Herrera Martín, con contrato indefinido y con una antigüedad de 03.04.12, categoría profesional de cocinera, y salario mensual prorrateado de 1.339 euros.

Segundo.- En fecha 01.09.14 la empresa comunica a la actora su despido objetivo por causas económicas con fecha de efectos de 15.09.14. No se puso a disposición de la actora cantidad alguna.

Tercero.- Con fecha 15.09.14 la entidad Alberto Bernal Gil suscribe contrato de arrendamiento de local con la propietaria del local, haciéndose cargo del restaurante y asumiendo su explotación. La empresa no ha subrogado a la actora.

Cuarto.- La empresa adeuda a la actora las siguientes cantidades: vacaciones no disfrutadas (a 15 de septiembre de 2014), 13 días, 580,23 euros; preaviso de 15 días (art. 53.1.c del E.T .), 15 días, 669,45 euros; salarios (1 al 15 de septiembre), 15 días, 669,45 euros. Total cantidades pendientes de abono a la fecha del despido, 1.919,22 euros.

Quinto.- Se agotó el trámite de intento de conciliación previa.

TERCERO: Contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandante, recurso que formalizó, no siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos al Ponente, para el examen y resolución del recurso, señalándose para Votación y Fallo la audiencia del dieciocho de febrero de dos mil dieciséis.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Don Jose Ángel notificó a la demandante despido objetivo por causas económicas. En la demanda se impugnó ese despido solicitando su declaración de improcedencia y la condena solidaria de ambos demandados a las consecuencias de dicha declaración y al abono de 1.919.22 euros en concepto liquidación salarial a la fecha del despido. La sentencia del Juzgado de lo Social ha estimado la demanda frente a don Jose Ángel absolviendo de la misma a don Jesús Carlos . En el recurso de suplicación la demandante solicita la condena solidaria de ambos codemandados.

SEGUNDO: Al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , el demandante solicita la adición al hecho probado tercero de lo siguiente: <...Ambas empresas se dedicaban a la misma actividad, de restauración, habiéndose transmitido a D. Jesús Carlos los elementos esenciales para el desarrollo de la dicha actividad>. Basa su pretensión en el contenido de los folios 21 a 27 de las actuaciones y en la declaración en el acto del juicio de don Jesús Carlos .

La adición propuesta al hecho probado tercero debe ser desestimada ya que el contrato de arrendamiento de local de negocio con opción a compra, celebrado el 15 de septiembre de 2014 entre doña Florencia y don Jesús Carlos (folios 21 a 28) lo único que acredita es que dicho arredramiento tenía por objeto una industria de hostelería ubicada en el local de negocio propiedad de la primera, pero no que los elementos esenciales de ese negocio hubiesen sido objeto también del arrendamiento celebrado con dicha señora por don Jose Ángel , debiendo señalarse que la prueba de interrogatorio de parte no es una prueba hábil para fundar en ella la pretensión revisoria, y sin perjuicio de constatar que dicha adición sería intrascendente para la modificación del fallo de la sentencia recurrida.



TERCERO: Al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el recurso denuncia infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, por entender que, dadas las circunstancias en que se llevó a cabo el traspaso de local de negocio, nos encontramos en un supuesto de sucesión de empresa, debiendo ser condenados tanto la empresa saliente como la empresa entrante a las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido y al pago de la liquidación salarial a la fecha del despido. Cita en apoyo de su tesis la sentencia de esta Sala de 23 de febrero de 2012 -recurso 2064/2011- y la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de julio de 2013.

La sucesión empresarial se produce cuando el nuevo empresario recibe del anterior un conjunto organizado de elementos patrimoniales y humanos, susceptibles de explotación económica independiente, que le permitan continuar con la actividad empresarial que venía desarrollando el transmitente, con independencia de que esa continuidad se dé o no a posteriori: Así que el negocio jurídico de la transmisión de empresa se caracteriza por afectar a un establecimiento empresarial en su conjunto o a una parte del mismo susceptible de ser explotado de manera independiente; y que se produzca la entrega del conjunto de los elementos esenciales que permiten la continuidad de la actividad empresarial. Esa sucesión empresarial puede tener lugar por compra, donación, permuta o usufructo, pero también como consecuencia de un arrendamiento de industria o local de negocio, siempre que se transmitan los elementos necesarios para explotar la actividad.

Ahora bien, en el supuesto enjuiciado el empresario saliente -don José Ángel- no ha transmitido su empresa o industria al empresario entrante -don Jesús Carlos-, sino que ha finalizado el contrato de arrendamiento firmado en su día para la explotación de un negocio de bar con la propietaria del mismo y ha sido esta propietaria quien ha suscrito un nuevo contrato de arrendamiento, ahora con opción a compra, con el empresario entrante, sin que en la firma del nuevo contrato de arrendamiento haya tenido intervención o influencia alguna el empresario saliente, es decir que el empresario entrante no ha asumido la infraestructura empresarial en virtud de título oneroso o gratuito del empresario saliente. Es decir, que el nuevo contrato de arrendamiento no tiene por objeto la continuación del negocio del empresario saliente, sino el inicio de un nuevo negocio perteneciente al mismo sector de actividad sin relación alguna con aquel por más que se ubique en el mismo local de negocio.

En un supuesto como el presente sólo se produciría sucesión empresarial si así se hubiese pactado en el nuevo contrato de arrendamiento o si la misma estuviese prevista en el IV Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 20 de septiembre de 2010, que se encontraba vigente en la fecha del cese de la demandante. Y no concurre ninguna de esas dos circunstancias.

En cualquier caso, el supuesto analizado en la sentencia de esta Sala de 23 de febrero de 2012 [ROJ: STSJ AND 14458/2012] - continuación de la explotación de una empresa de transportes de mercancías por carretera por parte de una empresa constituida por un hijo y un yerno del empresario jubilado- nada tiene que ver con el supuesto analizado en la sentencia recurrida.

En definitiva, la sentencia recurrida, al absolver de las pretensiones deducidas en la demanda a don Jesús Carlos, no ha incurrido en infracción alguna del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, lo que conduce a la desestimación del recurso de suplicación formulado contra la misma, y a su confirmación.

FALLO

Que debemos **desestimar y desestimamos** el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA Miriam contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Trece de Málaga con fecha 21 de abril de 2015 en autos 831-14 sobre DESPIDO, seguidos a instancias de dicha recurrente contra DON Jesús Carlos y DON José Ángel, en los que se ha dado intervención a FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, confirmando la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

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