



Roj: **STSJ PV 87/2021 - ECLI:ES:TSJPV:2021:87**

Id Cendoj: **48020340012021100028**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **07/01/2021**

Nº de Recurso: **1453/2020**

Nº de Resolución: **8/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**RECURSO N.º:** Recurso de suplicación 1453/2020

**NIG PV 48.04.4-19/011265**

**NIG CGPJ 48020.44.4-2019/0011265**

**SENTENCIA N.º: 8/2021**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 7 de enero de 2021.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/a Ilmos./Ilma. Sres./Sra. D. JUAN CARLOS ITURRI GÁRATE, Presidente, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y D<sup>a</sup>. MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI, Magistrados/a, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por **BILBBO TERMIBUS S.L. y Aurelio** contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de los de Bilbao de fecha 22 de julio de 2020, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Aurelio frente a **SARENE XXI S.L., BILBBO TERMIBUS S.L., AYUNTAMIENTO DE BILBAO, FOGASA, SOCIEDAD CONCESIONARIA INTERMODAL BILBAO S.L. y HOSTEBUS SERVICIOS HOSTELEROS S.L.**

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.<sup>a</sup> MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI, quien expresa el criterio de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

**"Primero**.- El demandante D. Aurelio ha venido prestando servicios por cuenta y órdenes de la empresa codemandada HOSTEBUS SERVICIOS HOSTELEROS SL, con una antigüedad de 10/06/2000, categoría profesional de camarero, percibiendo un salario bruto mensual de 2.049,9 euros, incluida la prorrata de pagas extra.

Se adjuntan informe de vida laboral y nóminas del demandante de Octubre de 2018 a Noviembre de 2019 como Doc. n.º 4 del ramo de prueba de la parte actora y n.º 1 de Hostebus.

**Segundo**.- Es de aplicación a la relación laboral entre las partes el Convenio Colectivo del sector Hostelería de Bizkaia, publicado en el BOB de 18/09/2018 (Doc. n.º 9 del ramo de prueba de la parte actora).



**Tercero.-** El demandante prestaba sus servicios en la cafetería de la estación de autobuses de Bilbao, conocida como Termibus, inicialmente para la mercantil RESTBUS HOSTELERÍA S.L., desde el 12/06/2000 hasta el 24/02/2017, y a partir del 25/02/2017 para Hostebus SL.

**Cuarto.-** SOCIEDAD CONCESIONARIA INTERMODAL BILBAO SL tiene como objeto social la realización de todas las actuaciones necesarias para la ejecución del contrato de concesión de obra pública para la redacción del proyecto, dirección de obra, coordinación de seguridad y salud de la obra, ejecución, explotación, mantenimiento y conservación de la obra de construcción de la estación soterrada intermodal del transporte por carretera de Garellano, estacionamiento de vehículos bajo rasante, usos complementarios y urbanización (Doc. nº 1 del ramo de prueba de Intermodal).

**Quinto.-** En fecha 09/05/2016 el Ayuntamiento de Bilbao y la CONCESIONARIA INTERMODAL DE BILBAO, S.L. otorgaron contrato administrativo de concesión de obra pública cuyo objeto era la "redacción del proyecto, dirección de la obra, coordinación de seguridad y salud de la obra, ejecución, explotación, mantenimiento y conservación de la obra de construcción de la estación soterrada intermodal del transporte por carreta de Garellano, estacionamiento de vehículo y usos complementarios bajo rasante, y la urbanización", pactándose en la cláusula quinta un plazo máximo de duración de la concesión de 40 años.

Obra el contrato a los Folios 180 a 184 de los autos, y se da por reproducido.

Obran a los Folios 97 a 144 de los autos el documento de soluciones administrativas del referido contrato. En el punto 31.5 se señala: " La Sociedad concesionaria asumirá la obligación de subrogar a los trabajadores que en la actualidad prestan el servicio municipal de Estación de Autobuses, para lo cual se adjunta al presente documento la relación de los trabajadores, puesto de trabajo y antigüedad (Anexo 5)" (Folio 124 de los autos).

Obran a los Folios 145 a 179 de los autos el documento de soluciones técnicas del referido contrato.

**Sexto.-** En fecha 02/11/16 SOCIEDAD CONCESIONARIA INTERMODAL BILBAO SL y SARENE XXI, S.L. suscribieron un contrato de arrendamiento de local y cesión de espacio, siendo su objeto un local destinado a cafetería-kiosko ubicado dentro de la Estación Provisional de Autobuses de Bilbao actuando INTERMODAL en calidad de "titular de la concesión administrativa para la gestión y explotación de la Estación Provisional de Autobuses de Bilbao" y siendo su objeto un local destinado a cafetería-kiosko ubicado dentro de la misma y cuyas características quedan reflejadas en el plano que se adjunta al contrato como Anexo 1.a.

(Folios 70 a 78 de los autos).

En la cláusula cuarta ("duración") se preveía la vigencia del contrato "hasta el día en que finalice el plazo de vigencia y la explotación de la concesión otorgada en relación con la Estación de Autobuses a la Sociedad Concesionaria".

Con fecha 21/02/17 SOCIEDAD CONCESIONARIA INTERMODAL BILBAO SL y SARENE XXI, S.L. suscribieron acuerdo de novación del contrato en el que, a los efectos de interés actual, se reconoce el derecho del arrendatario a ceder su posición en este contrato, sin que medie autorización del arrendador, a cualquiera de las sociedades de su grupo.

Obran adjuntados el contrato y su novación como Doc. nº 9 del ramo de prueba de Intermodal y se dan por reproducidos.

**Séptimo.-** SARENE XXI, S.L. cedió el contrato de arrendamiento en relación a la cafetería de la estación provisional de autobuses a la codemandada HOSTEBUS, mercantil que procedió a subrogar a todos los empleados de la cafetería hasta entonces de alta en RESTBUS HOSTELERÍA, S.L., incluido el demandante, con efectos al 25/02/17.

**Octavo.-** En fecha 02/10/19 SOCIEDAD CONCESIONARIA INTERMODAL BILBAO SL y ÑAM RESTAURANTES, S.L. suscribieron un contrato de arrendamiento de local, actuando INTERMODAL en calidad de "titular de la concesión administrativa para la gestión y explotación de la Nueva Estación Soterrada de Autobuses de Bilbao" y siendo su objeto un local destinado a cafetería ubicado dentro de la misma y cuyas características quedan reflejadas en el plano que se adjunta al contrato como Anexo 1.a.

Como excepción a la prohibición de cesión, en la cláusula 9.5 del citado contrato se contempla la cesión por el arrendatario a favor de la codemandada BILBBO TERMIBUS, S.L. (sociedad en constitución), participada por idénticos accionistas que el arrendatario actual.

Se adjunta el contrato como Doc. nº 8 del ramo de prueba de Intermodal, y se da por reproducido.

Para el acondicionamiento del local BILBBO TERMIBUS SL ha realizado inversión en obra civil, equipos informáticos y equipos propios de hostelería.



Así, se adjunta como Doc. nº 2 del ramo de prueba de BILBBO TERMIBUS SL factura de urkotronik por importe de 25.886,25 euros; como Doc. nº 3 y 4 del ramo de prueba de BILBBO TERMIBUS SL facturas de Comercial Hostelería por importes 27.559,89 euros y 69.740,90 euros respectivamente, y presupuesto de "onn", obra civil, así como certificaciones de obra realizadas realizada a BILBBO TERMIBUS, S.L. de 25 de Octubre de 2019, y 13, 19 y 28 de Noviembre de 2019, por importe conjunto de 173.564,77 euros.

En fecha 15 de Enero de 2020 SOCIEDAD CONCESIONARIA INTERMODAL BILBAO SL y KORNEER CAFÉ BILBAO SL suscribieron un contrato de arrendamiento de local, actuando INTERMODAL en calidad de "titular de la concesión administrativa para la gestión y explotación de la Nueva Estación Soterrada de Autobuses de Bilbao" y siendo su objeto un local destinado a hostelería ubicado dentro de la misma y cuyas características quedan reflejadas en el plano que se adjunta al contrato como Anexo 1 (Doc. nº 7 del ramo de prueba de Intermodal).

**Noveno.-** En fecha 28/11/2019 HOSTEBUS SERVICIOS HOSTELEROS SL entregó al demandante la siguiente comunicación, que el mismo suscribió como "no conforme":

"En Bilbao, a 26 de noviembre de 2019

Estimado Sr./Sra.nuestro/a:

Por medio del presente escrito ponemos en su conocimiento que la **Sociedad Concesionaria Intermodal Bilbao, S.L.** ha suscrito un contrato de arrendamiento y de cesión de espacio con tercero dirigido a la explotación de cafetería y máquinas expendedoras de la estación de Termibus.

De este modo el traspaso de los mencionados activos conllevará a su vez el cambio de titularidad del empleador, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en su caso, el convenio de hostelería. Por ello le informamos que usted pasará a formar parte de la plantilla de trabajadores de la nueva sociedad con la que la **Sociedad Concesionaria Intermodal Bilbao, S.L.** ha suscrito un contrato de arrendamiento y de cesión de espacio con tercero, en las siguientes condiciones:

1. Se deberá incorporar a la plantilla de la **Sociedad Concesionaria Intermodal Bilbao, S.L.** tan pronto como esta se lo indique, para lo que hemos procedido a realizarla un requerimiento conforme al Burofax anexo.
2. Su incorporación a la mencionada Sociedad lo será manteniendo todas las condiciones laborales y de Seguridad Social, en los términos previstos en la normativa de aplicación, que tenía reconocidas en HOSTEBUS SERVICIOS HOSTELEROS, S.L.

Sin otro particular, aprovechamos la ocasión para saludarle atentamente, rogándole que acuse recibo de la presente comunicación firmando el duplicado que se acompaña."

**Décimo.-** La nueva estación soterrada de autobuses de Bilbao inició su actividad el 29/11/19. BILBBO TERMIBUS, S.L. no ha subrogado a ninguno de los trabajadores procedentes de HOSTEBUS.

**Undécimo.-** HOSTEBUS SERVICIOS HOSTELEROS SL dio de baja a sus 10 trabajadores con efectos al 28/11/19 (certificado emitido por al TGSS el 30/06/2020, Doc. nº 3 del ramo de prueba de Hostebus).

**Duodécimo.-** En fecha 19/12/19 se dictó por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao en su procedimiento concursal nº 1488/19, auto de declaración y conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa respecto de HOSTEBUS SERVICIOS HOSTELEROS SL, acordándose la extinción de la sociedad y la cancelación de su inscripción en el Registro Mercantil (Folios 233 y siguientes de los autos).

**Decimotercero.-** HOSTEBUS ha sido accionista de SARENE XXI, S.L. (Doc. nº 7 del ramo de prueba de la parte actora).

HOSTEBUS SERVICIOS HOSTELEROS SL abonaba a INTERMODAL la renta correspondiente al contrato de arrendamiento de local de fecha 2/11/16 suscrito entre SOCIEDAD CONCESIONARIA INTERMODAL BILBAO SL y SARENE XXI, S.L. (Doc. nº 2 del ramo de prueba de Hostebus).

Las nóminas de los trabajadores de la cafetería de la estación provisional eran abonadas por HOSTEBUS (Doc. nº 1 del ramo de prueba de la parte actora y testifical de Don Blas ).

**Decimocuarto.-** En fecha 26/11/2019 HOSTEBUS SERVICIOS HOSTELEROS SL remitió a SOCIEDAD CONCESIONARIA INTERMODAL BILBAO SL, dirección Gregorio de la Revilla nº 27, un burofax en los siguientes términos (Doc. nº 5 del ramo de prueba de Hostebus):

**"SOCIEDAD CONCESIONARIA INTERMODAL BILBAO, S.L.**

C/Gregorio de la Revilla, nº 27

48.010 BILBAO (Bizkaia)



Bilbao a 25 de noviembre de 2019

Estimados Señores,

Les escribimos en relación a la inminente apertura de la estación de Termibus de Bilbao, según hemos tenido conocimiento a través de la prensa local, y en su condición de sociedad concesionaria de la misma.

La representación legal de los trabajadores de Hostebus Servicios Hoteleros, S.L., nos ha informado de la suscripción por su parte de un contrato de arrendamiento y de cesión de espacio con tercero dirigido a la explotación del local de cafetería y máquinas expendedoras de dicha estación de Termibus.

En la medida que tal circunstancia tiene consecuencias directas en los trabajadores que en la actualidad están prestando servicios en la estación provisional de autobuses de Bilbao, **les requerimos, para que, con carácter inmediato, procedan a comunicar a los trabajadores y a la representación legal la información establecida en el artículo 44 de la Ley del Estatutos de los Trabajadores a los efectos legales oportunos tal y como establece el Convenio Colectivo del Sector de Hostelería de la Provincia de Bizkaia."**

No consta la efectiva recepción del mismo por parte de Intermodal.

**Decimoquinto.-** En burofax de fecha 26/11/2019 SOCIEDAD CONCESIONARIA INTERMODAL BILBAO SL comunica a HOSTEBUS SERVICIOS HOSTELEROS SL y SARENE XXI, S.L. la resolución del contrato de arrendamiento de local y cesión de espacio de fecha 2 de Noviembre de 2016 para la estación provisional de autobuses de Bilbao, con motivo de la puesta en marcha e inicio en fecha 29 de Noviembre de 2019 de la nueva estación soterrada intermodal de transporte por carretera (Doc. nº 6 del ramo de prueba de Hostebus).

**Decimosexto.-** En fecha 28/11/2019 HOSTEBUS SERVICIOS HOSTELEROS SL remitió a SOCIEDAD CONCESIONARIA INTERMODAL BILBAO SL, dirección Paseo de Miramón nº 185 de San Sebastián, un burofax, entregado en fecha 29/11/2019, (Doc. nº 7 del ramo de prueba de Hostebus) en los siguientes términos:

"Bilbao a 28 de noviembre de 2019

Estimados Señores,

Sirva el presente para acusar recibo de su Burofax de fecha 26 de noviembre de 2019 en el que se nos comunica la resolución del Contrato de arrendamiento de local y cesión de espacio de fecha 2 de noviembre de 2019 para la estación provisional de autobuses de Bilbao.

Independientemente de valoración que supone la comunicación de dicha resolución el día anterior a la apertura de la nueva estación de Termibus, los términos del mismo (que evidentemente no aceptamos, ni reconocemos), así como el hecho de recordarles que continua pendiente de respuesta por su parte el Burofax de 25 de noviembre de 2019 (adjunto de nuevo), **les requerimos para que se pongan en contacto con nosotros a los efectos de proceder a la entrega de las llaves de dicho establecimiento."**

**Decimoséptimo.-** El actor no ostenta ni ha ostentado durante el año anterior al despido la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

**Decimoctavo.-** Se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación con fecha 21/01/2020, con el resultado de sin efecto y sin avenencia (Folio 20 de los autos)."

**SEGUNDO** .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Estimando en su petición principal la demanda formulada por D. Aurelio frente a HOSTEBUS SERVICIOS HOSTELEROS SL, frente a SOCIEDAD CONCESIONARIA INTERMODAL BILBAO SL, frente a BILBBO TERMIBUS SL, frente al AYUNTAMIENTO DE BILBAO y frente al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, posteriormente ampliada frente a SARENE XXI SL, debo declarar y declaro la nulidad del despido causado al demandante con fecha de efectos al 28/11/2019, y condeno a BILBBO TERMIBUS SL a que readmita al actor de modo inmediato en su puesto de trabajo en idénticas condiciones a las que tenía al producirse el despido y a que le abone los salarios dejados de percibir desde que se produjo el despido hasta que la readmisión tenga lugar, a razón de 67,39 euros/día, absolviendo a las codemandadas de las pretensiones vertidas en su contra.

Por último, procede absolver al FGS sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria que proceda en ejecución de sentencia."

**TERCERO** .- Frente a dicha resolución se interpusieron Recursos de Suplicación, que fueron impugnados de contrario.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO** .- La sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Bilbao de fecha 22/07/2020 ha estimado la demanda por despido formulada por D. Aurelio declarando su nulidad y apreciando que se ha producido sucesión de empresas, por lo que condena a BILBBO TERMIBUS SL a la readmisión del trabajador con abono de salarios de tramitación, absolviendo a las codemandadas de todos sus pedimentos, siendo estas la empleadora HOSTEBUS SERVICIOS HOSTELEROS SL, la concesionaria SOCIEDAD CONCESIONARIA INTERMODAL BILBAO SL, así como el AYUNTAMIENTO DE BILBAO.

Disconforme con dicha resolución judicial, recurre en suplicación tanto la empresa condenada BILBBO TERMIBUS SL como el trabajador.

La mercantil solicita se le absuelva de los pedimentos de la demanda, y este recurso es impugnado por el demandante, que solicita se confirme la sentencia, subsidiariamente se condene a BILBBO TERMIBUS SL y a HOSTEBUS SERVICIOS HOSTELEROS SL, y subsidiariamente a esta última.

La representación del trabajador también plantea su recurso y solicita en primer lugar se confirme la sentencia del juzgado de lo social. Con carácter subsidiario solicita se condene a las empresas BILBBO TERMIBUS SL y a HOSTEBUS SERVICIOS HOSTELEROS SL-, y subsidiariamente a esta última.

El supuesto de hecho del que hemos de partir es el del inatacado relato fáctico de la sentencia de instancia, y resaltamos del mismo los datos siguientes:

En la vieja estación de autobuses del Ayuntamiento de Bilbao había una cafetería donde trabajaba el actor desde 2000.

El Ayuntamiento decide construir una nueva estación en el mismo terreno en el que estaba pero soterrada, y en 2015 adjudica la ejecución de la obra y su explotación a SOCIEDAD CONCESIONARIA INTERMODAL BILBAO SL mediante contrato administrativo en el que esta asume la obligación de subrogar a los trabajadores que actualmente prestan el servicio municipal de estación de autobuses, pero no a los de la cafetería (HP5). Mientras se construye la obra, se traslada la estación a una provisional en un terreno contiguo, y la concesionaria alquila el local de la cafetería kiosco a una empresa SARENE XXI el 02/11/2016, después el 21/02/2017 pactan que esta puede ceder el contrato a empresas del grupo y lo hace a HOSTEBUS SERVICIOS SL, que subroga a los trabajadores de la cafetería, entre ellos al actor, quien por lo tanto continúa prestando servicios en la cafetería de la estación.

Se termina la construcción de la nueva estación en 2019, y la concesionaria suscribe otro contrato de arrendamiento de local destinado a la cafetería de la nueva estación con la empresa BILBBO TERMIBUS SL el 02/10/2019, esta hace una inversión en obra civil, hostelería, etc. de 173.564,77 €, la concesionaria resuelve el contrato de arrendamiento con HOSTEBUS (y SARENE) el 26/11/2019, que da de baja a los diez trabajadores de la cafetería el 28/11/2019 remitiéndoles a ser subrogados por BILBBO TERMIBUS SL.

La estación provisional (y su cafetería) deja de funcionar y la nueva estación entra en funcionamiento el 29/11/2019 pero no se subroga a los trabajadores de HOSTEBUS. Esta es declarada en concurso con extinción de la sociedad por auto del juzgado de lo mercantil número uno de Bilbao de 19/12/2019.

Posteriormente el 15/01/2020 la concesionaria alquila otro local de la nueva estación a otra empresa, para una segunda cafetería.

El actor plantea demanda por despido y solicita se condene a HOSTEBUS, la concesionaria INTERMODAL, BILBBO TERMIBUS SL y al Ayuntamiento de Bilbao, pero en el acto del juicio acepta que este no tiene legitimación pasiva.

La sentencia del juzgado de lo social declara la nulidad del despido, por cuanto que afecta a la totalidad de la plantilla, que son más de cinco, habiendo cesado la empresa en su actividad, y declara la sucesión de empresas entre HOSTEBUS y BILBBO TERMIBUS SL. Razona que en este caso al haberse transmitido la clientela -con cita de la STJUE 08/05/2019 C-194/18 Dodic- podemos entender que ha habido transmisión de entidad económica que conserva su identidad por lo que condena a esta a las consecuencias del despido. Absuelve a la concesionaria INTERMODAL porque según el pliego del Ayuntamiento el personal de la cafetería no estaba incluido en el deber de subrogación, solo el del servicio de transporte, y tampoco es aplicable la sucesión de empresas del 44 ET al arrendamiento de local, y cita STSJ PV 20/04/2000 AS 2010/2045.

**SEGUNDO** .- Comenzaremos analizando *el recurso planteado por la empresa condenada a los efectos del despido, BILBBO TERMIBUS SL* que, como hemos referido, solicita se le absuelva de cualquier pedimento de la demanda.

Comienza planteando *un primer motivo*, en el que invoca el artículo 193 c LRJS en el que cita la infracción por la sentencia de lo dispuesto en el artículo 218 LEC en relación con el artículo 24 CE, y entiende que ha sido



condenada por hechos distintos a los invocados en la demanda ya que en ésta se hablaba de sucesión de actividad, no de clientela, alterando la juzgadora los términos del debate y causándole indefensión.

El motivo es un tanto confuso pues aunque se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 193 c LRJS, al final pide la nulidad de la sentencia pero no traslada dicho pedimento al suplico del recurso, en el que únicamente pretende la desestimación de la demanda.

En cualquier caso, rechazamos que la sentencia incurra en incongruencia pues no se aparta de los hechos ni pretensiones de las partes. No es necesario que figure en la demanda ni en la relación fáctica el hecho del traspaso de clientela y tampoco es incongruente que la juzgadora valore dicha circunstancia, pues es inherente a la sucesión en la actividad, dato este que sí se detalla en demanda. Debido a las características del negocio que constituye el supuesto de hecho, esto es, una cafetería ubicada dentro de una estación de autobuses, si el relato fáctico describe que el 29/11/2019 la cafetería de la nueva estación abrió tras el cierre de la vieja sin solución de continuidad, sucediéndose por tanto en la actividad, es inherente y notorio que también se sucedió en la clientela, que tal y como asume la sentencia (FJ 3) no es otra sino la de los viajeros y acompañantes que acuden a la estación. De este modo, no se alteran los términos del debate ni se causa indefensión. Advertimos también que en la demanda se hace referencia a la sentencia de TJUE de 08/05/2019 y a la sucesión de clientela y de instrumentos financieros como elemento a considerar por el juez nacional para valorar la sucesión empresarial.

Por todo ello, decae este primer motivo.

**TERCERO** .- *El segundo y último motivo del recurso de la empresa BILBBO TERMIBUS SL, al amparo de lo dispuesto en el artículo 193 c LRJS, denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 44 ET y Directiva 2001/23/CE y, en definitiva, plantea la cuestión que es objeto de este recurso y que no es otra que la existencia o inexistencia de la sucesión empresarial entre HOSTEBUS SERVICIOS HOSTELEROS SL -empleadora del actor y titular de la cafetería de la estación provisional- y BILBBO TERMIBUS SL -titular de la cafetería de la estación nueva-, que no le ha subrogado.*

Razona el recurrente que no ha habido sucesión empresarial ya que no se ha probado la cesión de clientela, y que en todo caso según la sentencia de instancia lo que habría habido es solo "asunción" de clientela (por circunstancias del mercado ajenas a la voluntad de la empresa) y no "cesión" (requiere un acuerdo de voluntades) y que para la STJUE 08/05/2019 es preciso "cesión", no basta "asunción" a fin de que opere la sucesión empresarial. Dice también que la sentencia del juzgado de lo social no tiene en cuenta el conjunto de circunstancias que exige el TJUE (tipo de empresa, cesión de elementos materiales, valor de elementos inmateriales, sucesión de plantilla, cesión de clientela), sino solo la clientela, que no es suficiente. Añade que es notorio que la nueva estación es un enorme espacio de ocio, comercio y nudo de transporte, muy distinta de la anterior, prestando servicios de gran magnitud, siendo ilógico aplicar el artículo 44 ET aun en la hipótesis de que el primer restaurante que se ha abierto haya asumido la clientela de la cafetería de las antiguas instalaciones.

En cuanto a la existencia de sucesión de empresas, uno de los elementos fundamentales para ello es que continúe de forma efectiva la explotación o que se reanude ( STJCE de 18-3-1986, caso Spijkers y de 11-03-1997, caso Sützen). Y recordamos que 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, identidad que se entiende como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica ( STJUE 11-03-1997).

Los tribunales a nivel nacional y comunitario, habiendo sido decisiva en esta materia la contribución del TJUE, han ido poco a poco aclarando qué se entiende por conjunto de medios organizados, siendo así que ello varía en atención a cada caso concreto, estando claro que por medios organizados no se entiende solamente los medios materiales sino que, dependiendo de la naturaleza de la empresa, incluye también medios inmateriales e incluso los propios trabajadores. En concreto, la sentencia del caso Dodic aplicada por la magistrada de instancia afirma que la mera transmisión de la clientela puede ser suficiente para entender que se ha transmitido una entidad económica en un negocio como el que contempla el caso Dodic, donde los elementos materiales son secundarios y nada se ha transmitido entre las entidades implicadas, tampoco la plantilla, basándose aquel principalmente en elementos inmateriales, matizando que corresponde al tribunal nacional determinarlo en atención a los hechos particulares de cada caso. Y no es la primera vez que este factor juega un papel destacado, pues por ejemplo en la de 20/11/2003 caso Abler c-340/01 el TJUE resaltó también la importancia de tal elemento de la clientela en el supuesto de transmisión de actividad consistente en hacer la cocina para un hospital, especialmente porque era "cautiva".

Ha sido reiterado por TJUE en muchas sentencias que 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 de 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; y 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. Ha que estarse, en consecuencia, al caso concreto y será el juez nacional el que valore sus peculiaridades a fin de concluir si se ha transmitido una entidad que conserva su identidad.

Pues bien, en primer lugar, y en relación a la disyuntiva "cesión/asunción" de clientela, rechazamos el argumento de la empresa recurrente. Es indudable que en el caso que nos ocupa no consta ningún acuerdo entre los dos empresarios HOSTEBUS SERVICIOS HOSTELEROS SL y BILBBO TERMIBUS SL en orden a la transmisión de la empresa o de la clientela, ya que su intervención en la explotación del negocio de la cafetería se ha producido a través de la sociedad concesionaria. Pero la sentencia del TJUE de 08/05/2019 c-194/18 caso Dodic exige la cesión en esos términos (concurriendo un acuerdo de voluntades entre los dos empresarios) en ese concreto supuesto que trata, ya que razona que en el mismo en el momento de la transmisión no hubo cesión de clientela, pues la transmisión de los activos intangibles estaba supeditada a que los clientes de Banka Koper (la saliente) aceptaran que Alta Invest (la entrante) continuara gestionando sus actividades de inversión, y es por ello que encuentra decisivo el tribunal que los acuerdos entre ambas empresas incluyeran o no medidas suficientes para incitar a los clientes a confiar la gestión de sus títulos a la entrada. Este caso del cierre de la cafetería en la estación provisional de autobuses y apertura de la cafetería en la nueva estación es muy distinto pues la cesión de la clientela es evidente, su transmisión no dependía del consentimiento de los clientes ya que se trata de clientela "cautiva" en los términos de la STJUE de 20/11/2003 C-340/2001 caso Abler.

En segundo lugar, la sentencia de instancia sí tiene en cuenta aquellas circunstancias cuando dice: "*En definitiva, la cafetería abierta a fecha 29/11/2019 asumió el activo intangible-clientela de la cafetería de la estación de servicios provisional y de la antigua Termibus, esto es, viajeros y visitantes que acudían a acompañar o recoger a viajeros, dado el lugar de ubicación de los locales, en las propias estaciones de autobuses*".

Precisamente, el analizar el conjunto de circunstancias de la empresa en el caso concreto -lugar de ubicación de la cafetería, continuación de la actividad, cesión de clientela que son los viajeros y visitantes- lleva a entender a la juzgadora que hay transmisión empresarial.

La cafetería de la estación provisional cierra el 28 de noviembre 2019 y la de la nueva abre al día siguiente, el 29 de noviembre, coincidiendo con el cierre y la apertura de una y otra. En ambos casos los establecimientos están ubicados dentro de las respectivas estaciones de autobuses. No encontramos en el relato fáctico ningún dato que nos haga concluir que la actividad de la nueva cafetería sea distinta que la de la anterior. El recurrente plantea que es notorio que la nueva estación es un espacio distinto del anterior, lo que no es notorio ni consta en el relato pero, aunque así fuera, nada se recoge tampoco que pudiera hacernos concluir que la naturaleza del negocio de cafetería que no ha subrogado al trabajador sea distinto. Y se asume por la sentencia que la clientela está integrada por los viajeros y sus acompañantes, sin que esto se haya atacado ni puesto en entredicho, por lo que estamos en el supuesto de la llamada "clientela cautiva".

Compartimos con la instancia que los datos que aprecia son así suficientes en este caso para entender que ha tenido lugar la sucesión legal de empresas constituida por la transmisión empresarial. Entendemos que en el negocio de cafetería de una estación de autobuses el valor predominante es su activo intangible integrado por la clientela, en este caso es indudable que ese activo se ha transmitido claramente de una empresa explotadora de la cafetería a la otra, y ello por la naturaleza y ubicación del negocio, situado (antes y ahora) dentro de la estación de autobuses y que por ello atendía y sigue atendiendo predominantemente a los viajeros y sus acompañantes. La cafetería de una estación depende fundamentalmente de los clientes, por eso es su principal valor. Una empresa puede tener muy buenos productos e instalaciones, pero si los clientes no acuden regularmente no tiene ningún valor, por ello en este concreto caso al transmitirse la clientela se transmite la empresa pues es el activo más importante. Al trasladarse la estación, aunque se cierre una cafetería y se abra otra, hay identidad empresarial porque la cafetería sigue estando dentro de la estación de autobuses y se trasladan los clientes, es decir, se han transmitido los elementos suficientes y más importantes que permiten la continuidad del negocio por el nuevo titular.

Y por todo ello no es suficientemente importante para rechazar la sucesión a estos efectos que la nueva empresa BILBBO TERMIBUS SL haya realizado una inversión para acondicionar el local. Ello es así por las particularidades del caso concreto en el que se ha producido un traslado de ubicación de la estación decidido por la administración pública competente, de manera que BILBBO TERMIBUS SL no ha recibido ni ha podido recibir el local de la anterior sino de SOCIEDAD CONCESIONARIA INTERMODAL BILBAO SL adjudicataria de la ejecución de la obra y explotación de la estación provisional y de la nueva estación, pero no obsta a la existencia de sucesión ya que la jurisprudencia razona que no es necesario que existan relaciones contractuales directas



entre cedente y cesionario, pudiendo también producirse la cesión a través de un tercero, como el propietario o el arrendador, siendo así que ambas empresas han recibido el local ubicado en la estación a través de la concesionaria (STJUE 07/03/1996 c-171/94 y 172/94 Merckx y Neuhuys, 24/01/2002 c-51/00 Suzen)

Tampoco es suficientemente significativo que posteriormente en enero 2020 haya abierto otra cafetería en la nueva estación, ya que en fecha del despido el trabajador el 28/11/2019 la única que sucedió en la actividad de la anterior fue la explotada por la empresa demandada.

Esta es la convicción judicial que alcanzamos a partir de tal relato fáctico. El trabajador despedido ya trabajaba en la antigua estación, fue subrogado para la provisional, y debe seguir en la nueva, pues siempre ha sido trabajador "de la cafetería de la estación", se conserva la identidad de la empresa.

Por todo ello, entendemos que no se vulneran los preceptos que se invocan, y este motivo también se rechaza y con ello el recurso de la empresa condenada.

**CUARTO** .- *El recurso del trabajador plantea un único motivo, también al amparo de lo dispuesto en el artículo 193 c LRJS, y aunque con carácter principal solicita se confirme la sentencia, con carácter subsidiario pretende la condena de las dos empresas HOSTEBUS SERVICIOS HOSTELEROS SL y BILBBO TERMIBUS SL y de forma subsidiaria, de esta última.*

Y a tales efectos, denuncia la infracción del artículo 44 ET, artículo 51.1 a ET/ 123.11 LRJS.

Tales peticiones, articuladas de forma subsidiaria, se realizan para el caso de que se estime el recurso de la empresa y no se confirme la sentencia. Y entendemos que la sentencia no comete infracción. Si se estimara el recurso de la empresa, que no se ha estimado, estaríamos en el supuesto de que no hay sucesión empresarial y entonces se tendría que resolver sobre la responsabilidad del despido nulo, cuya calificación no se ataca por nadie, y sería solo de HOSTEBUS SERVICIOS HOSTELEROS SL al haber dado de baja a los trabajadores sin acudir al procedimiento del despido colectivo, debiéndose rechazar la de la empresa condenada.

En definitiva, decae también este motivo y el recurso del trabajador.

**QUINTO** .- En materia de costas es aplicable el artículo 235 LRJS y el principio del vencimiento del recurrente vencido salvo que tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, no siendo el caso de la empresa recurrente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que desestimamos los recursos de suplicación interpuestos por BILBBO TERMIBUS SL y D. Aurelio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Bilbao el 22/07/2020 en su procedimiento por despido número 1057/2019 seguido a instancias de D. Aurelio contra BILBBO TERMIBUS SL, SOCIEDAD CONCESIONARIA INTERMODAL BILBAO SL, HOSTEBUS SERVICIOS HOSTELEROS SL, AYUNTAMIENTO DE BILBAO, SARENE XXI SL, y la confirmamos en su integridad. Se imponen a BILBBO TERMIBUS SL las costas de su recurso, incluidos los honorarios de letrado del trabajador impugnante del mismo en cuantía de 400 €.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

---

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

## ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.





Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1453/20.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1453/20.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.