



Roj: **STSJ AND 6879/2019 - ECLI:ES:TSJAND:2019:6879**

Id Cendoj: **41091340012019101638**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **19/06/2019**

Nº de Recurso: **1531/2018**

Nº de Resolución: **1640/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **EMILIO PALOMO BALDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 1531/2018-B Sent. Núm. 1640/2019

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMA. SRA. DÑA. MARÍA BEGOÑA RODRÍGUEZ ÁLVAREZ

Presidenta de la Sala.

ILMO. SR. D. EMILIO PALOMO BALDA

ILMO. SR. D. FRANCISCO DE LA CHICA CARREÑO

En Sevilla, a 19 de junio de 2019.

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 N° 1640 /2019

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Teofilo contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de los de Sevilla, autos nº 945/2014; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON EMILIO PALOMO BALDA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Según consta en autos, se presentó demanda por D. Teofilo contra el Colegio Oficial de Médicos de Sevilla, Alberto Mejías Catering y Vademecun Café SL, sobre despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 22/02/2016 por el Juzgado de referencia, en la que se estimó parcialmente la demanda.

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

" I.- D. Teofilo , N.I.F. NUM000 , vino prestando servicios bajo las órdenes y la dependencia de Vademecun Café S.L. desde el día 28 de abril de 2011, en las dependencias que la misma tenía en el Real e Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Sevilla S.L., con la categoría profesional de camarero asalariado, nivel tres, con un salario diario efectos de despido de 45,70 €.

II.- En autos consta contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo parcial, por obra o servicio determinado de fecha 28 de abril de 2011 para prestar servicios como camarero asalariado nivel tres, señalándose como tal objeto la creación club-cafetería Colegio Médico (folio 219).



III.- La Orden de 21 de noviembre de 2011 aprobó la modificación de los estatutos del Colegio Oficial de Médicos de Sevilla y se dispuso su inscripción en el Registro de Colegios de Profesionales de Andalucía, en los términos que constan en los folios 115 a 136, que se dan por reproducidos.

IV.- En la reunión de la Junta Directiva del Real e Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Sevilla, con carácter ordinario, ante la necesidad futura de renovar los contratos de arrendamiento de las instalaciones del colegio y cafetería, se acordó por unanimidad la cesión del uso de las instalaciones del colegio a la mercantil Asesorías Colegiación Médica S.L.U. A fin de que pudiera arrendar y ceder el uso de las aulas, cafetería, espacios e instalaciones de la sede del Colegio de Médicos (folio 114).

V.- En fecha de 1 de enero de 2014 Asesorías Colegiación Médica SLU y Vademecum Café SL firmaron un contrato por el que la primera cedía a la segunda la explotación de los servicios de bar, cafetería, celebraciones, pactos colectivos y restaurantes, que se encontraban en la sede del Real Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Sevilla, sito en la avenida de la Borbolla número 47, con una vigencia hasta el 31 de julio de 2014. Junto a las instalaciones entregarían los enseres y maquinaria que se relaciona en el inventario quede debidamente firmados se unía al del contrato y que deberán ser devueltos a la terminación del contrato siendo obligación de Vademecum Café SL su mantenimiento, todo ello los términos que constan en los folios 73 a 75, que se dan por reproducidos.

VI.- En fecha de 28 de enero de 2014 Asesorías Colegiación Médica SLU y Vademecum Café SL firmaron un contrato en el que se modificó la cláusula cuarta del mismo en los términos que constan en los folios 76 y 77, que se dan por reproducidos.

VII.- En fecha de 10 de julio de 2014 Vademecum Café S.L. recibió un escrito de Asesorías Colegiación Médica SLU de los siguientes términos "con fecha 1 de enero de 2014, Asesorías Colegiaciones Médicas S.L.U. y Vademecum Café S.L. suscribir un contrato de arrendamiento de los servicios de cafetería, bar, y restaurante que se encuentran ubicados en el sótano primero de la sede del Real e Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Sevilla, sito en la avenida de la Borbolla número 47. Eso cláusula tercera, se pacto entre las partes del contrato finalizaría el 31 de julio de 2014. Y que llegada la fecha de finalización del contrato, el mismo no se entendería prorrogado ningún caso. Sirva la presente para notificarle con fecha de hoy, en complemento de lo estipulado, el contrato suscrito finaliza *el próximo día 31 de julio de 2014*, debiendo dejar las instalaciones en la fecha indicada libre de moradores, haciéndonos entrega de los enseres y maquinaria que se relacionan en inventario..." (Folio 137).

VIII.- En fecha de 1 de septiembre de 2014 Asesorías Colegiación Médica SLU y Alberto Mejías Catering S.L. firmaron un contrato por el que la primera feria en exclusiva a la segunda la explotación de los servicios de bar, cafetería, celebraciones, actos colectivos y restaurante que se encuentra ubicado en el sótano primero de la sede del Real Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Sevilla, sito en la avenida de la Borbolla, número 47, con una vigencia hasta el 30 de agosto de 2014. Junto a las instalaciones entregarían los enseres y maquinaria que se relacionan el inventario quede debidamente firmado, se unía al contrato y que deberían ser devueltos a la terminación del mismo siendo obligación de Alberto Mejías Catering S.L. su mantenimiento, en los términos que constan en los folios 78 a 81, que se dan por reproducidos.

IX.- Entre el 31.7.2014 y el 1.09.2014 no consta que las instalaciones fueran explotadas por nadie, permaneciendo todos los enseres que había utilizado Vademecum Café S.L. en el sótano primero de la sede del Real e Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Sevilla.

X.- En fecha 29 de junio de 2015 se comunicó a Alberto Mejías Catering S.L. que en la reunión de la Comisión Permanente con carácter ordinario celebrada en la sede del Real e Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Sevilla se acordó por unanimidad prorrogar el contrato durante una anualidad con el mismo (folio 211).

XI.- En fecha de 1 de septiembre de 2015 Asesorías Colegiación Médica S.L.U y Alberto Mejías Catering S.L. firmaron un contrato por el que el primero cedía en exclusiva al segundo la explotación de los servicios de bar, cafetería, celebraciones, actos colectivos y restaurante, del restaurante que se encuentra ubicado en el sótano primero de la sede del Real e Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Sevilla, sito en la avenida de la Borbolla número 47, con una vigencia hasta el 30 de agosto de 2016. Junto a las instalaciones entregarían los enseres y maquinaria que se relacionan el inventario que debidamente firmado, se unía a ese contrato y que deberían ser devueltos a la terminación del contrato siendo obligación del segundo su mantenimiento, los términos que constan en los folios 82 y 83, que se dan por reproducidos.

XII.- La relación laboral se regia por el convenio colectivo de hostelería de Sevilla (folios 171 a 205).

XIII.- No consta que el actor ostente guaya ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.



XIV.- La parte actora interpuso papeleta de conciliación el día 18 de agosto de 2014, que fue celebrado sin avenencia respecto de Vademecum Café S.L. , e intentado sin efecto respecto del resto el día 9 de octubre de 2014 (folio ocho), por lo que interpuso la demanda origen de presente procedimiento. "

TERCERO : Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante Alberto Mejías Catering, que ha sido impugnado por el demandado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- I.- La cuestión que plantea la empresa condenada en la instancia en el único motivo de suplicación que formula al amparo del art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social consiste en determinar si es ajustada o no a derecho la aplicación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores decidida por la sentencia impugnada en un supuesto de sucesión en la explotación de los servicios de bar-cafetería, restaurante y celebración de actos colectivos llevados a cabo en las dependencias del Colegio Oficial de Médicos de Sevilla en el que concurren las siguientes circunstancias:

A) La entidad contratante es la mercantil Asesoría Colegiación Médica, SLU a la que el mencionado Colegio cedió el uso de las instalaciones mediante acuerdo de su Junta Directiva de fecha 1 de octubre de 2013.

B) Mediante contrato celebrado el 1 de enero de 2014 con vigencia hasta el 31 de julio del mismo año la Compañía usufructuaria cedió la explotación de los citados servicios a Vademecum Café S.L., que ya los venía gestionando con anterioridad, y para cuya ejecución había contratado al demandante el 28 de abril de 2011 con la categoría profesional de camarero. La cesión de las instalaciones fue acompañada de la entrega de los enseres y maquinaria necesarios para el funcionamiento del negocio.

C) El 31 de julio de 2014 Vademecum Café S.L. comunicó al actor la extinción de la relación con efectos del 15 del siguiente mes por finalización de la concesión y que desconocía quién sería la nueva adjudicataria, comprometiéndose a darle traslado de sus datos en el momento en tuviese constancia de su identidad. Se trata de un hecho conforme que además resulta respaldado por el contenido del documento obrante en autos al folio 233.

D) Las instalaciones de hostelería permanecieron cerradas en el mes de agosto de 2014.

E) Mediante contrato celebrado el 1 de septiembre de 2014, de un año de duración, Asesoría Colegiación Médica, S.L.U. cedió la explotación de los servicios anteriormente reseñados a la empresa Alberto Mejías Catering, S.L. La cesión fue acompañada de la entrega de los enseres y maquinaria precisos para su explotación. Finalizada su vigencia suscribieron un nuevo contrato de un año de duración.

II.- La sentencia de instancia dictada el 22 de febrero de 2016 en el pleito de despido planteado por el afectado lo calificó de improcedente y declaró la responsabilidad exclusiva de la nueva titular del negocio al considerar que debió subrogarse en el contrato de trabajo del actor.

Las razones en que la Juez "a quo" basó su decisión se pueden resumir como sigue: a) concurre una sucesión de empresa del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores al haberse transmitido una entidad económica en la que el local y las instalaciones tienen especial relevancia, que mantiene su identidad, a lo que no es óbice la falta de un vínculo contractual directo entre el anterior y el nuevo titular, b) el actual concesionario ha seguido explotando el negocio un mes después de que cesase su antecesor, lapso que coincide con las vacaciones de verano.

SEGUNDO.- I.- Frente a dicho pronunciamiento la empresa condenada alega que de conformidad con lo previsto en el art. 58.2.a) del Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería la subrogación sólo opera respecto de los trabajadores efectivamente empleados por la empresa cedente en el momento de producirse la transmisión, requisito que aquí no se cumple pues el actor fue despedido por su predecesora con efectos de 15 de agosto de 2014. Añade que la misma exigencia figura en el art. 3.1 de la Directiva 2001/23/CE y que en el mismo sentido se ha manifestado la doctrina jurisprudencial interpretando el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores .

II.- Una cuestión que debemos analizar con carácter previo se proyecta sobre la normativa a tomar en consideración para la resolución del motivo ya que de su desarrollo argumental se desprende que la recurrente considera aplicable la norma paccionada que invoca siendo así que según establecen sus arts. 58 y 59 sus previsiones sólo resultan aplicables en los supuestos de sucesión de contratas en los que no exista transmisión patrimonial, entre los que no encuentra encaje el aquí enjuiciado en el que la actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, requiriendo la incorporación de activos productivos relevantes tanto tangibles - instalaciones, maquinaria y equipamiento - e intangibles - los clientes que son fundamentalmente los trabajadores y visitantes del Colegio de Médico-. Estos elementos, materiales e



inmateriales, indispensables para el funcionamiento del negocio, le fueron transmitidos a la ahora recurrente por la empresa contratante que los puso a su disposición, al igual que había hecho con su predecesora, traspaso cuya virtualidad no queda enervada por el hecho de que los activos hayan pertenecido siempre a la empresa principal y que por ende no se haya transmitido su propiedad

En tal sentido se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 20 de noviembre de 2003, Sodexho (C-340/01), oportunamente citada por la aquí impugnada, y lo ha reiterado en las sentencias de 26 de noviembre de 2015, Aira Pascual (C-509/14) y 7 de agosto de 2018, Colino Sigüenza (C-472/16), doctrina que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha venido aplicando a partir de las sentencias 685 a 688/ 2017, de 19 de septiembre .

III.- Sentado lo anterior, constituye jurisprudencia comunitaria constante recogida en la sentencia citada de 7 de agosto de 2018 antes citada, que la suspensión temporal, por un breve período de tiempo (que en el caso enjuiciado era de cinco meses), de las actividades de la empresa no permite excluir que la entidad económica de que se trata haya conservado su identidad y, por lo tanto, tampoco permite excluir que exista una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva. En conexión con este criterio la propia sentencia señala que los trabajadores cuyo contrato de trabajo haya sido extinguido con efectos de una fecha anterior a la de la transmisión con infracción del art. 4.1 de la Directiva 2001/23 continúan siendo empleados de la empresa en la fecha de la transmisión, con la consecuencia, en especial, de que las obligaciones del empresario respecto a ellos se transfieren de pleno derecho del cedente al cesionario.

Así sucede en el supuesto de autos en el que la interrupción de la actividad se redujo al mes de agosto de 2014, correspondiente al período ordinario de vacaciones, y el cese del actor se produjo con efectos del día 15 de dicho mes por desconocer en esa fecha su empleadora la identidad de la nueva explotadora, esto es en conexión directa con el cambio de titularidad del negocio, dato que presumiblemente le fue ocultado a la empresa saliente en perjuicio del demandante, pues no es creíble que Asesoría Colegiación Médica, SLU y Alberto Mejías Catering, S.L. firmasen el contrato el 1 de septiembre de 2014 sin haber mantenido contactos y negociaciones previas en orden a su suscripción.

En definitiva y a la vista de las concretas circunstancias concurrentes en el caso, el hecho de que el negocio permaneciese cerrado en el mes de agosto de 2014 no impide apreciar la transmisión de la entidad económica producida el 1 de septiembre de ese mismo año y el cese del actor el 15 de agosto de 2014 no enerva la obligación de la empresa entrante de hacerse cargo de la situación laboral del actor.

IV.- A modo de argumento de refuerzo en defensa de su pretensión revocatoria de la sentencia de instancia la recurrente sostiene que no tenía conocimiento de la existencia del actor, lo que además de no resultar verosímil pues al parecer el demandante era el único trabajador de un establecimiento que estaba en funcionamiento hasta el 31 de julio de 2014, introduce una inadmisibles cuestión nueva. En efecto, en el hecho séptimo de su demanda el accionante afirmó que se había puesto en contacto con el nuevo adjudicatario en numerosas ocasiones, sin que exista constancia de que su representante se opusiese a esa alegación en el acto de juicio, lo que el recurrido niega en el escrito de impugnación, sin que la parte recurrente haya presentado escrito de réplica.

TERCERO.- I. Procede, por todo lo razonado, el rechazo del motivo objeto de estudio y, con él, el del recurso entablado por la empresa codemandada.

II.- Atendiendo a lo preceptuado en los artículos 204 y 235.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, la desestimación del recurso trae consigo que la mercantil demandada, una vez firme esta resolución, haya de perder el depósito legal de 300 euros en beneficio del Tesoro Público así como el mantenimiento del aval constituido para recurrir y la imposición de las costas causadas en esta fase del proceso cuya cuantía fijamos en la parte dispositiva.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación técnico procesal de Alberto Mejías Catering S.L. contra la sentencia de fecha 22 de febrero de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Sevilla en los autos nº 945/2014, seguidos a instancia de D. Teofilo frente a la ahora recurrente, Colegio Oficial de Médicos de Sevilla, Asesoría Colegiación Médica, SLU y Vademecum Café, S,.L. en impugnación de despido y, en consecuencia, confirmamos la resolución de instancia.



Se decreta la pérdida del depósito de 300 euros constituido por la entidad recurrente, en beneficio del Tesoro Público, en donde se ingresara una vez sea firme esta resolución. Manténgase el aval constituido por dicha empresa hasta que cumpla la sentencia o se resuelva la realización de dicho aseguramiento.

Se impone a la mercantil demandada la obligación de abonar a la Graduada Social Sra. Haro Romo la cantidad de seiscientos euros por su intervención en la impugnación del recurso.

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; así como que, transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Adviértase al recurrente no exento, que deberá acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito de 600 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta a favor de esta Sala, en el Banco de Santander, Oficina urbana Jardines de Murillo, en Sevilla, en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-66- 1531-18, especificando en el documento resguardo de ingreso, campo concepto, que se trata de un "Recurso".

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

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.