



Roj: **STSJ AND 1207/2019 - ECLI:ES:TSJAND:2019:1207**

Id Cendoj: **41091340012019100568**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **28/03/2019**

Nº de Recurso: **953/2018**

Nº de Resolución: **916/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE JOAQUIN PEREZ-BENEYTO ABAD**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Sevilla, núm. 6, 20-12-2017,  
STSJ AND 1207/2019**

Recurso nº 0953/18-C, sentencia nº 916/19

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, MELILLA, CEUTA**

**SALA DE LO SOCIAL**

**SEVILLA**

**ILTMOS. SRES.:**

D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> ELENA DÍAZ ALONSO

D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> BEGOÑA GARCÍA ÁLVAREZ

**D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD**

En Sevilla, a veintiocho de Marzo de dos mil diecinueve.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA NÚMERO 916/19**

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Blas , representado por el Sr. Letrado D. Jesús Prieto García, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Sevilla en sus autos núm. 1004/13; ha sido **Ponente el Iltmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado**, quien expresa el parecer de esta Sala sobre la resolución que merece el presente recurso.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Según consta en autos, el recurrente fue demandante contra EMPRESA MERCADOS CENTRALES DE ABASTECIMIENTO DE SEVILLA y la administración concursal, LA ASOCIACION DE MAYORISTAS DEL MERCADO CENTRAL DE PESCADOS "EL BARRANCO" DE MERCASEVILLA, GESICO S.L., en demanda de despido, se celebró el juicio y el 20 de diciembre de 2017 se dictó sentencia por el referido Juzgado, desestimando la pretensión.

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



"PRIMERO.- D. Blas , ha venido prestando servicios para la empresa MERCASEVILLA, SA, con una antigüedad de 2/07/1979 , percibiendo un salario a efectos de despido de 75,73 euros, y con la categoría profesional de oficial administrativo.

El actor recibió en fecha de 12 de agosto de 2013, comunicación individual, de despido objetivo fechada el día 9 de agosto y con fecha de efectos del día 12 de agosto y que obra las actuaciones dándose por reproducida, dada su extensión.

La empresa puso a disposición del trabajador la indemnización por importe de 27.731,36 euros que fue abonada mediante transferencia bancaria.

SEGUNDO.- El despido objetivo individual vino precedido de un procedimiento de despido colectivo iniciándose el periodo de consultas el día 5 de julio de 2013. En total se celebraron siete sesiones en período de consultas, los días 5 de junio de 2013, 11 de junio de 2013, 19 de julio de 2013, 23 de julio de 2013, 26 de junio de 2013, 1 de agosto de 2013, 2 de agosto de 2013, con ofertas y contra ofertas. El día 3 de agosto de 2013 finalizó el periodo de consultas sin alcanzarse un acuerdo, lo que fue comunicado al Comité de empresa a los sindicatos Unión general de trabajadores UGT y Comisiones obreras, a la autoridad laboral y a la Inspección de trabajo el día 8 de agosto de 2013.

TERCERO: En total fueron despedidos 129 trabajadores

CUARTO: El criterio fundamental de designación de los trabajadores afectados de su pertenencia a los distintos servicios y/o departamentos que pasa a verse afectados con su eliminación o supresión.

Respecto a los departamentos que se mantienen se tuvieron en cuenta los siguientes criterios: aparte adecuación funcional a las necesidades detectadas.

Experiencia profesional.

Polivalencia funcional.

Perfil y capacidades específicas.

En aquellos puestos, funciones o departamentos que presenten peculiaridades o se caractericen por su especialidad, se preparan como criterios: aparte experiencia.

Conocimientos específicos.

Tareas llevadas a cabo.

Capacidad de reciclaje y adaptación.

QUINTO: Impugnado el despido colectivo el día 6 de marzo de 2014 la sala de lo social del TSJ de Andalucía, sede de Sevilla, dictó sentencia por la que declaro ajustada a derecho la decisión extintiva.

SEXTO: Los argumentos de impugnación del despido colectivo rechazados por el TSJ y después por el Tribunal Supremo al confirmar la sentencia fueron la falta de concreción de las causas en que se funda; que el período de consultas no se había apreciado una buena fe por parte de la empresa para lograr un acuerdo; que no se habían comunicado los criterios de selección; que había existido fraude y abuso de derecho por parte de la empresa y que el despido no estaba justificado.

SEPTIMO: La empresa Gesico Sistemas S.L. tiene suscrito un contrato mercantil de prestación de servicios profesionales desde el 2 de agosto de 2013 con la Asociación de mayoristas del mercado central de pescados El Barranco de Merca Sevilla S.A. para la gestión cobro de las ventas que se realicen por la totalidad de las empresas que operen en la comercialización del pescado en el mercado de pescados El Barranco y que formen parte de esta asociación.

OCTAVO: Con fecha de 9 de septiembre de 2013 se celebró el preceptivo intento de conciliación con el resultado de celebrado sin avenencia por lo que presentó la demanda el día 12 de septiembre de 2013."

**TERCERO.-** El demandante recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado por los codemandados.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia desestimatoria de la pretensión de despido individual en el ERE de MERCASEVILLA S.A., se alza el demandante por el cauce del apartado c) del art 193 LRJS denunciando la infracción del art. 44 ET con el argumento de que el servicio en el que prestaba servicios el actor, el servicio de cobro a los mayoristas de pescado, pasó a ser prestado por la empresa GESICO SISTEMA S.L. y por tanto,



concluye, debió ser subrogado por la misma al estar situada en el mismo lugar, usar los mismos equipos informáticos, mobiliario etc...

Los impugnantes alegan modificación sustancial del contenido de la demanda dado que tres años después de presentarse la demanda, se amplía y se hacen alegaciones nunca hechas en la demanda como son las referentes a la sucesión de GESICO, ni cita del art. 44 ET etc...que rechazamos no porque no sea cierto lo dicho por los demandados sino porque si la interdicción de la variación sustancial de la demanda tiene su raíz en el derecho a no sufrir indefensión en el desarrollo del proceso ( SSTS 18-7-05, EDJ 153029 ; 8-3-16 , EDJ 35163), el cual está dirigido a garantizar la posibilidad de ambas partes procesales de alegar o probar cuanto consideren preciso a la defensa de sus intereses o derechos en función de igualdad recíproca ( STC 226/2000 ) y esa igualdad se ha respetado, dado que se acordó por auto la ampliación de demanda, fueron emplazadas todas las partes, propusieron y practicaron medios de prueba en juicio y alegaron lo que a bien tuvieron frente a lo pretendido por el demandante, y ahora en el recurso pueden seguir, y siguen defendiéndose. El remedio procesal ante tal alegación es tan drástico como el declarar la nulidad de todo y retrotraer las actuaciones al inicio, cuando sin embargo podemos resolver sin causar indefensión, que es lo que mejor se compadece con los derechos en juego.

**SEGUNDO.-** Hemos de partir de **los inalterados hechos** y así entendemos relevantes los siguientes:

1. HP 1º: El despido objetivo individual vino precedido de un procedimiento de despido colectivo iniciándose el periodo de consultas el día 5 de julio de 2013. En total se celebraron siete sesiones en período de consultas, los días 5 de junio de 2013, 11 de junio de 2013, 19 de julio de 2013, 23 de julio de 2013, 26 de junio de 2013, 1 de agosto de 2013, 2 de agosto de 2013, con ofertas y contra ofertas. El día 3 de agosto de 2013 finalizó el periodo de consultas sin alcanzarse un acuerdo, lo que fue comunicado al Comité de empresa a los sindicatos Unión general de trabajadores UGT y Comisiones obreras, a la autoridad laboral y a la Inspección de trabajo el día 8 de agosto de 2013.

2. HP 4º: El criterio fundamental de designación de los trabajadores afectados de su pertenencia a los distintos servicios y/o departamentos que pasa a verse afectados con su eliminación o supresión.

Respecto a los departamentos que se mantienen se tuvieron en cuenta los siguientes criterios: aparte adecuación funcional a las necesidades detectadas.

Experiencia profesional. Polivalencia funcional. Perfil y capacidades específicas. En aquellos puestos, funciones o departamentos que presenten peculiaridades o se caractericen por su especialidad, se preparan como criterios: aparte experiencia. Conocimientos específicos. Tareas llevadas a cabo. Capacidad de reciclaje y adaptación.

3. HP 5º y 6º: Impugnado el despido colectivo el día 6 de marzo de 2014 la sala de lo social del TSJ de Andalucía, sede de Sevilla, dictó sentencia por la que declaro ajustada a derecho la decisión extintiva.

Los argumentos de impugnación del despido colectivo rechazados por el TSJ y después por el Tribunal Supremo al confirmar la sentencia fueron la falta de concreción de las causas en que se funda; que el período de consultas no se había apreciado una buena fe por parte de la empresa para lograr un acuerdo; que no se habían comunicado los criterios de selección; que había existido fraude y abuso de derecho por parte de la empresa y que el despido no estaba justificado.

4. En la STSJA Sevilla nº 671/14 de 6 de marzo , se decía: HP 3º: La nave de los mayoristas del pescado, denominada "El Barranco" está gestionada por Mercasevilla, y no por los empresarios mayoristas del pescado, los cuales están obligados a utilizar a los trabajadores de "Mercasevilla S.A." para realizar las siguientes labores:

a) El arrastre, es decir, la carga y descarga del pescado y la colocación en los expositores de las distintas empresas mayoristas de pescado.

b) El pesaje del pescado.

c) La facturación y cobro de las operaciones de venta de pescado de los empresarios mayoristas a los empresarios minoristas del pescado, entregando la cantidad abonada por los empresarios minoristas a los empresarios mayoristas tres días después de las transacciones.

Por estos servicios los empresarios mayoristas del pescado pagan unas tasas que en total, suponen el 3,595 % de las ventas.

Los empresarios mayoristas de otros productos como las frutas y hortalizas, la recova, y demás productos que se venden en "Mercasevilla S.A." no tienen esta obligación de que el arrastre y la facturación y cobro de sus productos sea realizada exclusivamente por personal de "Mercasevilla S.A."



HP 4º: El artículo 67 del Reglamento de Prestación de Servicios , vigente en la fecha del despido colectivo, establecía como servicios a prestar por "Mercasevilla S.A." :

- Colocación de mercancía en el punto de venta
- Retirada y almacenamiento de sobrante en cámara frigorífica de conservación.
- Traslado del decomiso e intervenciones.
- Evisceración y preparación del pescado de cuero.
- Fábrica de Hielo
- Almacén de envases vacíos.
- Limpieza y alumbrado general de la nave y puntos de venta.
- Conservación y mantenimiento de las instalaciones generales.
- Servicio de vigilancia y control.
- Servicio de pesaje, facturación, cobro de su importe a minoristas y pago a mayoristas."

HP 6º: El Excmo. Ayuntamiento de Sevilla aprobó en el Pleno de 29 de mayo de 2.013 la modificación de los Reglamentos de Servicios y Régimen Interior de la empresa "Mercasevilla S.A.", modificación que fue publicada en el BOP de 11 de junio de 2013, Reglamentos que entran en vigor el día 12 de Agosto de 2.013, desde esa fecha cesa la obligatoriedad de que los empresarios mayoristas del pescado utilicen a trabajadores de "Mercasevilla S.A." para realizar los servicios de carga, descarga, facturación y cobro, funciones que pasan a ser gestionadas directamente por los empresarios mayoristas del pescado.

HP 15º: La empresa ante la situación económica y financiera en la que se encontraba y la próxima entrada en vigor de los Reglamentos de Servicios y Régimen Interior de la empresa "Mercasevilla S.A." el 12 de agosto de 2.013, inicio del período de consultas para el despido colectivo de 154 trabajadores, el 5 de julio de 2.013, entregando la siguiente documentación:

- Poder del representante legal de la empresa.
- Memoria explicativa.
- Nº y clasificación profesional de los trabajadores afectados.
- Nº y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año.
- Calendario del período previsto para la extinción.
- Criterios de designación de los trabajadores afectados por la extinción del contrato.
- Medidas sociales de acompañamiento y plan de recolocación externa.
- Información sobre la composición de la representación de los trabajadores.
- Información sobre la composición de la Comisión Negociadora.
- Cuentas anuales de los ejercicios 2.010, 2.011, 2.012, informes de auditoría y cuentas anuales provisionales al 31 de mayo de 2.013.
- Informes técnicos que justifican las causas técnicas, productivas y organizativas.
- Informe económico, informe de la Dirección Financiera y Planes de Viabilidad de la Empresa en los años 2.010 y 2.013.
- Informe de la Comisión Nacional de Competencia.
- Aprobación de los Reglamentos de "Mercasevilla S.A." .

5. En la STS de 20 de julio de 2016 que confirma la precedente y en lo que aquí nos trae dijo: "Igualmente hemos de estimar la excepción en relación con las empresas "Grudescase S. CA. ", dedicada a la carga y descarga del producto que no realiza los trabajadores de "Mercasevilla S.A." **ni "Gesico Sistemas S.L."**, que va a prestar el servicio de facturación con posterioridad al cese de "Mercasevilla S.A." **sin que se pruebe ni siquiera que utilizan material procedente de esta empresa por lo que prestan servicios independientes y ajenos a los que realizan los trabajadores de "Mercasevilla S.A."** "".

**TERCERO.**- Ya con lo reseñado en el punto 5º del precedente fundamento es suficiente para sostener el fracaso del motivo del recurso, pero por si no es suficiente añadimos las siguientes razones:



a. **El despido del actor trae causa de un despido colectivo que fue motivado por una causa técnica como es la modificación de los Reglamentos del Mercado** para cumplir las exigencias descritas en el informe del Secretario del Ayuntamiento de Sevilla de mayo de 2012 ya que desde que el Tribunal de Defensa de la Competencia emitió el 7 de octubre de 2002 su fallo en contra del modelo de gestión de la nave del pescado de Mercasevilla, por considerarlo contrario a las leyes nacionales y comunitarias de libre mercado, con lo que más de una década después, el Ayuntamiento de Sevilla tramitó la modificación de los Reglamentos de la Empresa, aprobados definitivamente en el Pleno y publicados en el BOP de 11 de junio de 2013. Con la aprobación, entrada en vigor y ejecutividad de la modificación de los Reglamentos de Servicios y Régimen Interior, Mercasevilla debía dejar de prestar y dejó de prestar como obligatorios los servicios del Mercado de Pescado de descarga, carga, facturación y cobro. Ello tiene efecto directo sobre el personal del Mercado de Pescados dedicado a esas tareas (Facturación, Cobro, Descarga, Vigilancia) y efecto indirecto sobre el resto, especialmente los de servicios generales, centrales o dirección. Servicio de facturación y cobro del Mercado de Pescados al que estaba adscrito el actor.

b. Con la aprobación de los nuevos Reglamentos de Mercasevilla, y siguiendo las recomendaciones indicadas, **se modifica, pues, el ámbito de prestación de los servicios por parte de Mercasevilla, pasando del régimen de monopolio a un régimen liberalizado.** En consecuencia, tras la liberalización del servicio Gesico Sistemas S.L. vino a prestar el servicio de cobro en el Mercado de Pescados, sin que conste probado, ni en la Sentencia de instancia de la presente litis, ni en las relativas a procedimiento colectivo la transmisión de materiales de Mercasevilla a Gesico Sistemas S.L..

c. Si no hay transmisión de un titular a otro, por cualquier vía, que evidencie la continuidad de la actividad empresarial, ni hay un objeto transmitido con capacidad para funcionar de manera autónoma, **no se produce ninguna infracción del art. 44 ET** como ya se adelantaba en la STS de 20 de julio de 2016 que confirmaba la precedente de esta Sala y en lo que aquí nos trae dijo: "Igualmente hemos de estimar la excepción en relación con las empresas "Grudescase S.C.A. ", dedicada a la carga y descarga del producto que no realiza los trabajadores de "Mercasevilla S.A." ni "Gesico Sistemas S.L.", que va a prestar el servicio de facturación con posterioridad al cese de "Mercasevilla S.A." sin que se pruebe ni siquiera que utilizan material procedente de esta empresa por lo que prestan servicios independientes y ajenos a los que realizan los trabajadores de "Mercasevilla S.A."".

**CUARTO.-** El recurrente se sustenta en un relato privado, en conjeturas y en falsas nuevas, razón ya suficiente para por vía ex art. 196 LRJS dar por fracasado el recurso, puesto que no se puede entender el que con la simple liberalización del servicio automáticamente se produjo un traspaso de una entidad económica ex art 44 ET , cuando ello ni consta acreditado en la sentencia de instancia, ni en los pronunciamientos relativos al despido colectivo, pese a que el recurrente se invente los hechos en el folio séptimo de su recurso.

La unidad productiva es una noción objetiva que en el contexto del art. 44 ET se define por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario para ser susceptibles de una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado. Y en esa noción objetiva resulta trascendente en cada caso analizar las particularidades que concurran a efectos de determinar si concurren tales notas. Hay que **distinguir entre mera sucesión en la actividad, que no implicaría subrogación contractual o transmisión de empresas, frente a la sucesión en la organización** , que sí lo constituiría, ateniéndose a las particularidades de cada supuesto y esto resulta clave en nuestro supuesto por cuanto el actor venía prestando servicios para Mercasevilla como Oficial Administrativo adscrito al Mercado de Pescados, viendo éste extinguido su contrato laboral en virtud del despido colectivo de 12 de agosto de 2013 cuyas causas motivadoras fueron tanto causas económicas, técnicas, productivas y organizativas, tal y como se dijo en las sentencias de la que está vinculada.

Como venimos reiterando la causa técnica que motiva el despido colectivo es la modificación de los Reglamentos del Mercado tras el fallo del Tribunal de Defensa de la Competencia del 7 de octubre de 2002 en contra del modelo de gestión de la nave del pescado de Mercasevilla, y no es hasta el Pleno publicado en el BOP de 11 de junio de 2013 que se aprueban, entran en vigor y tienen plena ejecutividad la modificación de los Reglamentos de Servicios y Régimen Interior con efecto directo sobre el personal del Mercado de Pescados dedicado a esas tareas (Facturación, Cobro, Descarga, Vigilancia) y efecto indirecto sobre el resto, especialmente los de servicios generales, centrales o dirección. Servicio de facturación y cobro del Mercado de Pescados al que estaba adscrito el actor.

En fin, con la aprobación de los nuevos Reglamentos de Mercasevilla, y siguiendo las recomendaciones indicadas, se modifica el ámbito de prestación de los servicios por parte de Mercasevilla, pasando del régimen de monopolio a un régimen liberalizado, que no externalizado tal y como dice el recurrente. En consecuencia, tras la liberalización del servicio cualquier empresario puede prestar el servicio de cobro en el Mercado de Pescados.



En definitiva, **ceder una actividad, sin ir acompañada de la transmisión de otros elementos, no constituye ningún traspaso o sucesión de empresa** pues una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa de modo que **si se liberaliza un servicio y no constan la transmisión de elemento alguno, ello determina la inaplicación el art 44 ET** ; si tampoco opera la subrogación convencional, pues en el convenio colectivo de Mercasevilla no se regula este tipo de subrogación, ni opera la subrogación ex pliegos, pues el servicio no fue objeto de contratación mediante pliegos y estarse ante un supuesto de liberación del servicio, pasándose a prestar en libre competencia de forma autónoma bien con medios propios bien sirviéndose de colaboración con terceros por los mayoristas del pescado, no concurren los requisitos del art. 44 ET .

Fracasado el motivo del recurso, se confirma la sentencia por argumentos diversos a los en ella expresados.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

## FALLAMOS

Con **desestimación del recurso** de suplicación interpuesto por D. Blas , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Sevilla en sus autos núm. 1004/13, en los que el recurrente fue demandante contra EMPRESA MERCADOS CENTRALES DE ABASTECIMIENTO DE SEVILLA y la administración concursal, LA ASOCIACION DE MAYORISTAS DEL MERCADO CENTRAL DE PESCADOS "EL BARRANCO" DE MERCASEVILLA, GESICO S.L., en demanda de despido, y como consecuencia **confirmamos dicha sentencia** .

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".

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.