



Roj: **STSJ CAT 9261/2019 - ECLI:ES:TSJCAT:2019:9261**

Id Cendoj: **08019340012019105340**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2019**

Nº de Recurso: **3337/2019**

Nº de Resolución: **5352/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **LUIS REVILLA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Barcelona, núm. 33, 11-02-2019.,  
STSJ CAT 9261/2019**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG** : 08019 - 34 - 4 - 2019 - 0002521

mmm

**Recurso de Suplicación: 3337/2019**

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA

En Barcelona a 8 de noviembre de 2019

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A** núm. 5352/2019

En el recurso de suplicación interpuesto por FUTBOL CLUB MARTINENC y Ajuntament de Barcelona frente a la Sentencia del Juzgado Social 33 Barcelona de fecha 11/2/2019 dictada en el procedimiento Demandas nº 389/2018 y siendo recurrido/a Fondo de Garantía Salarial, Luis y Marcial . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Luis Revilla Pérez.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 11/2/2019 que contenía el siguiente Fallo:



"Estimo parcialment la present demanda interposada per Luis contra l'empresa FUTBOL CLUB MARTINEC i l'AJUNTAMENT de BARCELONA i declaro la improcedència de l'acomiadament del treballador demandant realitzat amb efectes del dia 27/04/2018 i, en conseqüència:

1r.- Condemno solidàriament a l'entitat demandada FUTBOL CLUB MARTINENC i a l'AJUNTAMENT de BARCELONA a que optin entre readmetre a l'actor en el seu lloc de treball o, en cas contrari, a abonar-li la indemnització de 11.930,66.-€. advertint a les demandades que l'opció l'han de realitzar en el termini de cinc dies, i si així no ho fan s'entén que opten per la readmissió.

2n.- Cas que s'opti per la readmissió s'ha d'abonar al treballador una quantitat igual a la suma dels salaris deixats de percebre des de la data de l'acomiadament fins la data de la reincorporació al seu lloc de treball a raó del salari de 44,81.- euros diaris.

3r.- Tanmateix, l'empresa FUTBOL CLUB MARTINENC haurà de pagar al demandant la quantitat de 908,66.-€, corresponent a les vacances, segons s'ha fet constar en el Fet Provat Cinquè.

4t.- Absolc a Marcial i al FONDO de GARANTIA SALARIAL de les peticions efectuades en contra seva, sense perjudici de la responsabilitat subsidiària d'aquesta última entitat en cas d'insolvència empresarial."

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"Primer.- El treballador demandant, Luis, amb DNI: NUM000, amb categoria professional de recepcionista i salari mensual brut amb prorrateig de pagues extres de 1.363,01.-€, acredita tenir una antiguitat de 26/10/2010 a l'empresa FUTBOL CLUB MARTINENC, segons ha quedat acreditat amb la prova documental acompanyada juntament amb la demanda i consistent en el contracte de treball així com les nòmines salarials. Aquestes dades han estat acceptades per la mateixa empresa. El conveni de treball aplicable és el d'Hostaleria de Catalunya.

Segon.- El bar-cafeteria on treballa l'actor està situat dins de les instal·lacions municipals del Centre Cívic Guinardó, ubicat a la Ronda Guinardó 113-141 del Districte Horta- Guinardó de Barcelona. L'entitat FUTBOL CLUB MARTINENC era l'empresa concessionària del servei d'explotació d'aquest bar-cafeteria des de l'1 d'octubre de 2009, segons contracte signat amb l'Ajuntament de Barcelona. Aquesta concessió, per tres anys, s'ha anat prorrogant en els darrers anys fins l'any 2018.

Tercer.- En el mes de febrer de 2018, un tècnic municipal del Districte d'Horta Guinardó va comunicar a la direcció de l'entitat esportiva demandada que explotava el bar que no es prorrogaria per més temps aquesta concessió, avisant que s'havia iniciat un nou concurs per a transmetre la gestió d'aquest negoci a terceres persones, constatant que tenien una altra empresa interessada en fer-se càrrec d'aquest servei i que, per tant, es subrogaria amb el personal laboral que hi treballava.

Quart.- En data 27/04/2018 l'entitat FUTBOL CLUB MARTINENC va fer lliurament de la possessió del local, amb entrega de les claus, al representant de l'Ajuntament de Barcelona Districte d'Horta Guinardó, seguint les indicacions de l'expedient administratiu 091/2016. En aquest acte, comunicat per escrit a un dels responsables municipals dels Districte, es va fer referència de que es deixaven en el local una màquina de cafè i dos molinets.

Cinquè.- Aquest mateix dia (27/04/2018) i mitjançant notificació escrita datada en 20/04/2018, l'empresa va comunicar al treballador que el 27 d'abril de 2018, donat que finalitzava la concessió del local i el contracte d'explotació del bar, deixaria de prestar els seus serveis per al FUTBOL CLUB MARTINENC i passarà a dependre del nou concessionari ( Marcial ) per subrogació contractual, en aplicació del que disposa l'art. 44.1 de l'Estatut dels Treballadors en relació a la successió d'empresa.

L'empresa no va abonar pel concepte de vacances meritades la quantitat de 908,66.-€.

Sisè.- No obstant a les inicials previsions, en data 30/04/2018 Marcial, va fer entrega a l'Ajuntament de Barcelona d'un escrit on expressament renunciava a l'adjudicació del referit bar-cafeteria, donant una sèrie d'explicacions al respecte, entre d'altres l'excés de dilatació dels tràmits administratius, però especialment pel fet que ningú l'havia informat, ni documentat prèviament, que amb l'adjudicació tenia l'obligació de subrogar el personal existent en aquest negoci. En data 19/09/2018, es va declarar deserta la licitació per a l'adjudicació d'aquest contracte administratiu de concessió d'aquesta explotació.

Setè.- L'acte preceptiu de conciliació administrativa es va celebrar el 14/05/2018 amb el resultat següent: intentat sense efecte".

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia anunciaron recurso de suplicación las demandadas FUTBOL CLUB MARTINENC y AJUNTAMENT DE BARCELONA, que formalizaron dentro de plazo; la parte contraria, Luis, a la que se dió traslado, impugnó sendos recursos y la demandada FUTBOL CLUB MARTINENC impugnó el recurso interpuesto por el Ajuntament de Barcelona, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recurren las codemandadas condenadas solidariamente el pronunciamiento de la sentencia que, estimando parcialmente la demanda en la que articulaba acción el trabajador demandante, declaró improcedente el despido tácito actuado sobre la misma, con efectos de 27/04/2018, cuando ninguna de las codemandadas admitió la cualidad de empleadora de aquellas, ni la que aparecía como empleadora formal, FUTBOL CLUB MARTINET, empresa saliente en la atención de arrendamiento de servicios de bar y cafetería del Centre Cívic Guinardó, dependiente del codemandado, principal, condenado solidariamente AJUNTAMENT DE BARCELONA.

La sentencia condena exclusivamente a la empleadora FUTBOL CLUB MARTINET a abonar al trabajador suma de 908,66 euros en concepto de liquidación de vacaciones no disfrutadas.

Y finalmente absuelve al codemandado, que se decía empresa entrante, tras de que se afirmase nuevo adjudicatario de la concesión administrativa municipal de explotación del bar, don Marcial, tras de que la sentencia niegue tal condición.

Como fundamento de su pronunciamiento y de la condena solidaria de la empresa saliente y del Ajuntament de Barcelona, que a pesar de recuperar las instalaciones no continúa su explotación, consideró la sentencia que no había concurrido supuesto de sucesión empresarial de los previstos y disciplinados en el artículo 44 del ET, pero sí que siendo titular principal de la explotación y habiendo provocado la pérdida de la concesión por la empresa saliente y el despido tácito del trabajador actor, debe responder solidariamente de las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido.

El recurso del Ajuntament de Barcelona ha sido impugnado respectivamente por el trabajador y por la otra codemandada condenada y el que formula está, exclusivamente por el trabajador.

**SEGUNDO.-** Articulan ambos recursos primer motivo, amparado en la letra b) del artículo 193 de la LRJS, interesando la modificación del cuerpo fáctico de la sentencia en los términos que se concretarán y que estudiaremos y resolveremos de forma conjunta.

Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimiese o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida; b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas (no siendo cauce para demostrar el error de hecho, la "prueba negativa", consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente ( STS 14 de enero [RJ 1986, 221] , 23 de octubre [RJ 1986, 5886] y 10 de noviembre de 1986 [RJ 1986, 6306] y STS, 17 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7929]) "... sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones y sin recurrir a la prueba negativa consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador.); c), que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola; d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida; e) que en caso de concurrencia de varias pruebas documentales o periciales que presenten conclusiones plurales divergentes, sólo son eficaces los de mayor solvencia o relevancia de los que sirvieron de base al establecimiento de la narración fáctica y, f) que en modo alguno ha de tratarse de la nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

**TERCERO.-** El recurso del ayuntamiento pretende que en el hecho probado cuarto se suprima su segundo inciso, donde se lee: "...En aquest acte, comunicat per escrit a un dels responsables municipals del Districte, es va fer referencia de que deixaven en el local una màquina de café i dos molinets".

Pretensión a la que no cabe acceder porque el relato de la sentencia es veraz y relevante para la solución del conflicto, independientemente de cual debiese ser el destino que habría de darse a tales elementos y cuya valoración corresponderá, en su caso, al cuerpo jurídico de la sentencia.

**CUARTO.-** El recurso de la empresa saliente condenada también contiene florido y abundante motivo de censura fáctica a la que hemos de dar respuesta.

En primer lugar se propone corrección para el hecho probado primero al objeto de que se recoja que el salario acreditado por el trabajador no es el que allí consta de 1.363,01 euros, sino el de 1.353,01 euros.



Pretensión a la que ha de accederse solventando el lapsus calammi de la sentencia que es indudable a la vista de los recibos salariales del trabajador, que figuran en los folios 336 y 337 de las actuaciones.

También se pretende que se suprima del citado hecho probado la expresión "in fine" que reza: "El conveni de treball aplicable és el d'Hosteleria de Catalunya".

Pretensión a la que también ha de accederse porque la expresión no es una expresión fáctica sino una conclusión de relevancia jurídica sobre la que no existe anuencia de las partes y que, en su caso y una vez que nos falta el asenso, ha de reservarse para el cuerpo jurídico de la sentencia.

Luego se pretende que al hecho probado segundo se añada la siguiente expresión: "...de Barcelona. En dicho contrato el FUTBOL CLUB MARTINET se obligó a hacer la inversión necesaria para el inicio de la actividad objeto de la explotación, consistente en la adquisición de los elementos necesarios (congelador, refrigerador botellas, maquina cortadoraplancha, freidora, cocina eléctrica de un fogón, lavaplatos expositores, calentador eléctrico y vajilla y cuberterías), así como la contratación de máquina de café y auxiliares, dispensador de cerveza y auxiliares y, con carácter opcional, microondas y horno de pan. Igualmente convino que las mejoras, bienes muebles incorporados, así como el conjunto de bienes adquiridos con cargo a la cuenta de explotación durante la vigencia del contrato, revertirían al Ayuntamiento una vez extinguido el contrato. Aquesta.....2018. En fecha 12/04/2016 y a instancias de la técnica de Serveis a les Persones i el Territori del Districte d'Horta Guinardó, que estaba elaborando el nuevo pliego de condiciones del bar del Centre Cívic, el FUTBOL CLUB MARTINEC remitió el inventario del material y equipamiento del Bar, que consta al folio número 282 de las actuaciones y que se da por reproducido. Este inventario consta incorporado en el nuevo Pliego de Cláusulas Administrativas y Técnicas de 25/04/2017 que tiene que regir la explotación del bar-cafetería del Centre Cívic Guinardó como bienes afectos al servicio".

La adicción propuesta consta veraz de los documentos que figuran a los folios 266 y siguientes, y 280, 281, 282 y 285 de las actuaciones y coloca en mejor condición al interprete de la circunstancia y coyuntura material en la que ha de darse respuesta al conflicto de partes, con lo que aceptamos en este punto la petición del recurso y la adicción propuesta.

También se propone la adicción de dos nuevos párrafos al hecho probado tercero para que en ellos se pueda leer, "in fine":

"Concretamente, comunicó en 28/02/2018 al FUTBOL CLUB MARTINEC que por resolución de 29/01/2018 se había acordado adjudicar al Sr. Marcial el contrato administrativo especial relativo a la explotación del bar-cafetería del Centre Cívic Guinardó y que en fecha 16/03/2018 finalizaría su contrato, fecha en la que debía hacer entrega de la posesión del local, procediéndose entonces a la revisión del inventario propiedad del ayuntamiento y entrega de las llaves del equipamiento. Esta fecha de finalización del contrato, entrega de la posesión del local y de las llaves y revisión del inventario fue propuesta en 12/03/2018, comunicándose finalmente en fecha 16/04/2018 que ello tendría lugar en fecha 27/04/2018".

Pretensión a la no podrá accederse, por baladí e innecesaria, si se tiene en cuenta que del relato de la sentencia ya se recoge y explícita de forma suficiente y cabal la circunstancia de las comunicaciones del Ayuntamiento sobre la existencia de concurso para nueva adjudicación del bar cafetería y su iter histórico.

Luego nueva redacción para el hecho probado cuarto al objeto de al mismo se añada lo siguiente: "...les Claus y revisió de inventari, al representant..... i dos molinets, propietat de la empresa Productes del Cafè, S.A., así como un horno eléctrico, propiedad de Berlys Corporación Alimentaria S.A.U., a fin y efecto de que el nuevo adjudicatario decidiese la continuidad de este material si decidía seguir consumiendo los productos de dichas empresas".

Nada nuevo a lo ya relatado en la sentencia añade la adicción pretendida, baladí e innecesaria para resolver correctamente el conflicto, y, por ello, el motivo no puede acogerse.

Finalmente se postula que se suprima del relato fáctico, concretamente del hecho quinto, el quantum en que se concreta la liquidación, compensación económica, de vacaciones no disfrutadas al momento de la extinción y que, al ser verdadera conclusión jurídica, que no cuenta con la anuencia de las partes, es de impropia ubicación en el cuerpo fáctico de la sentencia, con lo que ahora si ha de aceptarse lo pretendido. Y sin perjuicio de la reflexión sobre tal quantum en los fundamentos de derecho.

**QUINTO.-** Ahora, con amparo procesal en la letra c) del artículo 193 de la LRJS, ambos recurso denuncian la aplicación indebida del artículo 44.1 y 2 del ET, en relación con el artículo 55.4 y 56.1 del ET y de la normativa comunitaria que luego se citará, así como de la jurisprudencia del TS y del TJCCEE que expresamente se transcribe.



Ambos recursos inciden sobre igual cuestión, la relativa a quién ha de ser responsable del despido tácito de trabajador en circunstancia objetiva como la que acompañó al trabajador actor al que ni su empleadora, empresa saliente en la adjudicación de contrato administrativo de explotación de instalación municipal, ni el Ajuntament de Barcelona, que recupera las instalaciones, aunque no continúa su explotación de forma material, facilita trabajo efectivo.

Común circunstancia que habilita e impone el estudio y solución conjunta de ambos recursos en orden a la determinación del concreto responsable o responsables del improcedente despido del trabajador.

El magistrado de instancia, en certera reflexión, ya concluyó que no se había producido sucesión de empresas en los términos disciplinados en el artículo 44 del ET para habilitar la condena en los términos disciplinados en el mismo.

Conteste en las partes es la existencia de despido y que este merece la calificación jurídica de improcedente, por falta de causa y complemento de la exigencia formal, y la disputa se centra en si la responsabilidad de la extinción improcedente ha de recaer de forma exclusiva sobre la Administración, titular del centro cívico en el que se ubican las instalaciones dedicadas a bar-cafetería que son objeto de la explotación, que, tras fracaso de proceso de otorgar nueva concesión de explotación del servicio a tercero, recupera las instalaciones sin mantener el destino al que estas estaban dedicadas.

No se continúa la actividad por nadie, ni por la empresa saliente, ni por la Administración que recupera las instalaciones, ni tampoco hay nuevo adjudicatario del servicio, con lo que queda, como única cuestión litigiosa, si concurrió figura de sucesión empresarial entre la empleadora inicial del actor y la Administración que recupera el servicio, en cuanto la respuesta a tal cuestión determinará quién, o quienes, de las codemandadas deberán responder de las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido.

En recensión: necesaria valoración jurídica de la circunstancia fáctica y coyuntural que se acredita, es la que determinará quien o quienes de las codemandadas han de responder de las consecuencias objetivas que derivarán de la necesaria declaración de improcedencia del despido improcedente actuado sobre el trabajador demandante.

Y, a este respecto debe tenerse en cuenta el artículo 44 del ET, en la redacción dada por la Ley 12/2001, para incorporar a nuestro ordenamiento interno el contenido de las Directivas Europeas 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, y 1999/70/CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, dispone:

"1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos intervivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.

4. Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.

Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

5. Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los





representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad".

Con ello aparece axial y como elemento único para la solución del debate el determinar si lo concurrente es figura de sucesión de empresas de las previstas y disciplinadas en el artículo 44 del ET.

A este respecto ha de señalarse que la jurisprudencia tradicional de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo vino manteniendo desde siempre que, para que exista la transmisión de empresas regulada en el artículo 44 del ET, no bastaba con el hecho de que trabajadores de una entidad empresarial pasasen a prestar servicios en otra diferente, sobre todo en sectores de actividad en que es habitual la suscripción de contratos de arrendamiento por las empresas principales con terceras para la prestación de determinados servicios accesorios a la actividad como seguridad, limpieza y otros, pues, se dijo, que era, además, necesario que se produjese "la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación". Así, por ejemplo, se ha dicho en las sentencias de 5 de abril de 1993, 23 de febrero de 1994, 12 de marzo de 1996, 25 de octubre de 1996, 15 de diciembre de 1997, 27 de diciembre de 1997, 24 de abril de 1998 y 17 de julio de 1998; así como en las más recientes 29 de febrero del 2000, 30 de abril del 2002 (ésta dictada en Sala General), 17 de mayo del 2002, 13, 18, 21 y 26 de junio del 2002, 9 de octubre del 2002, 13 de noviembre del 2002, 18 de marzo del 2003 y 8 de abril del 2003.

No obstante, como dice la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 2008: "tal estricta doctrina ha sido matizada a partir de la sentencia de esta Sala de 20 de octubre del 2004 (rec. 4424/2003), a la que siguieron las de 21 de octubre del 2004 (rec. 5073/2003), 27 de octubre del 2004 (rec. 899/2002) y 26 de noviembre del 2004 (rec. 5071/2003), las cuales aceptaron los criterios que, respecto a la sucesión o transmisión de empresas, ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diferentes sentencias, entre las que cabe mencionar las de 11 de marzo de 1997 (caso Süzen), 10 de diciembre de 1998 (caso Hernández Vidal), 10 de diciembre de 1998 (caso Sánchez Hidalgo), 2 de diciembre de 1999 (caso GC Allen), 26 de septiembre del 2000 (caso Didier Mayeur), 25 de enero del 2001 (caso Liikenne), 24 de enero del 2002 (caso Temco) y 20 de noviembre del 2003 (caso Carlito Ablter).

Conviene recordar que el artículo 1-a) de la Directiva 98/50 CE del Consejo de 29 de junio de 1998, que modificó la Directiva 77/187/CEE del Consejo de 14 de febrero de 1977, establece que "la presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión"; y el apartado b) de este art. 1º de dicha Directiva precisa que "sin perjuicio de lo estipulado en la anterior letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará traspaso en el sentido de la presente Directiva, el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio". Estos mismos preceptos se reproducen en los apartados a) y b) del art. 1º de la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo del 2001.

Estas normas comunitarias dieron lugar en nuestro país a la modificación del art. 44 del ET que dispuso la Ley 12/2001, de 12 de julio. Esta Ley no modificó la dicción inicial del número 1 de este art 44, con lo que sigue diciendo esta norma que "el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior ...". Pero sí introdujo en este art. 44 un nuevo número 2 en el que se establece lo siguiente: "A los efectos de lo previsto en el presente artículo se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio".

Según se desprende de lo que ordenan las normas comunitarias y estatales que se acaban de reseñar, es evidente que para que se pueda apreciar la existencia de sucesión de empresa, conforme a las mismas, es de todo punto necesario que se haya producido la transmisión de una "entidad económica" formada o estructurada por "un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica". Es claro, por consiguiente, que si no se produce la cesión de ese conjunto de medios organizados difícilmente podrá existir traspaso o sucesión de empresas. De ahí que, en principio, no puede calificarse de traspaso o sucesión de empresa la mera cesión de actividad o la mera sucesión de plantilla".

Y acercándonos a supuesto análogo al que nos ocupa en que la esencia y grueso de la actividad económica empresarial descansa casi en exclusiva en la aportación y organización de los servicios personales de los trabajadores adscritos a la atención del servicio de cafetería y comedor esta misma Sala, haciendo recensión de la doctrina aplicable, ha dicho en su sentencia de 02/03/2012: "Teniendo en cuenta lo que establece en lo que es de aplicación al presente caso en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), sentencia de 20 enero 2011 .TJCE011: ".....Sin embargo, conforme al artículo 1, apartado 1, letra b),



de la Directiva 2001/23 (LCEur 2001, 1026), para que ésta resulte aplicable, la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular. Para determinar si tal entidad mantiene su identidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan a la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (véanse, en particular, las sentencias de 18 de marzo de 1986 [TJCE 1986, 65], Spijkers, 24/85, Rec. p. 1119, apartado 13; de 19 de mayo de 1992 [TJCE 1992, 99], Redmond Stichting, C- 29/91, Rec. p. I-3189, apartado 24; de 11 de marzo de 1997 [ TJCE 1997, 45], Süzen, C-13/95, Rec. p. I- 1259, apartado 14 , y de 20 de noviembre de 2003 [ TJCE 2003, 386], Ablar y otros, C-340/01, Rec. p. I-14023, apartado 33).

El Tribunal de Justicia ha señalado anteriormente que una entidad económica puede funcionar, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, de modo que el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos (véanse las sentencias antes citadas, Süzen [TJCE 1997, 45], apartado 18; Hernández Vidal y otros [TJCE 1998, 308], apartado 31, y UGT-FSP, apartado 28).

Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable (véanse las sentencias Süzen [TJCE 1997, 45], antes citada, apartado 21; Hernández Vidal y otros [ TJCE 1998, 308], antes citada, apartado 32; de 10 de diciembre de 1998 [ TJCE 1998, 309], Hidalgo y otros, C-173/96 y C-247/96, Rec. p. I-8237, apartado 32; de 24 de enero de 2002 [ TJCE 2002, 29], Temco, C-51/00, Rec. p. I-969, apartado 33, y UGT-FSP [TJCE 2010, 241], antes citada, apartado 29).

Por otra parte la jurisprudencia en lo que es de aplicación al presente caso que se recoge en la sentencia Roj: STS 4437/2010. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social nº de Recurso: 2300/2009 Fecha de Resolución: 12/07/2010....a partir de las sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 - reiteradas por las sentencias de 29 de mayo y 27 de junio 2008- para acomodarla al criterio que en aplicación de la Directiva 2001/23 ha mantenido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea- en numerosas sentencias entre las que pueden citarse las de 10 de diciembre de 1998 (casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal), 25 de enero de 2001 (caso Liikeene), 24 de enero de 2002 (caso Temco Service Industries) y 13 de septiembre de 2007 (caso Jouini), que sostienen que "en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica" y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese en la actividad contratada, cuando "el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea".

Y la que se recoge también en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 14 febrero 2011. RJ011734. Recurso de Casación núm. 130/2010 ..... Por ello el artículo 44.1 ET (RCL 1995, 997) afirma la posibilidad de llevar a cabo esos procesos sin que signifiquen la extinción de las relaciones laborales de los trabajadores "quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior". Por su parte, el artículo 44.2 ET contiene la descripción de lo que haya de entenderse por sucesión de empresa, para decir que se producirá cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.

Del mismo modo y en el mismo sentido, el artículo 1. b) de la Directiva 98/50 CEE, de 29 de junio de 1.998 (LCEur 1998, 2285) establece que se considerará traspaso en el sentido de la presente Directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio.... STS de 27 de octubre de 1.994 ( RJ 1994, 8531) , (recurso 3724/93), 20 de octubre de 2.004 ( RJ 2004, 7162) (recurso 4424/2003), 29 de mayo



de 2.008 (RJ 2008, 4224) (recurso 3617/2006 ) y 28 de abril de 2.009 (RJ 2009, 2997) (recurso 4614/2007 ). Con arreglo a esa conocida doctrina, la unidad productiva es una noción objetiva que en el contexto del art. 44 ET (RCL 1995, 997) 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".

**SEXTO.-** Ya en el análisis del supuesto de hecho tenemos que consta que la actividad productiva es la explotación de instalación municipal dedicada a bar-cafetería, concertados como principal por la Administración, el Ayuntamiento titular del mismo y que cuando se extingue el contrato anterior, recupera las instalaciones pero ya no las concesiona, aunque otra era su voluntad, a tercera empresa, ni tampoco la continúa con medios propios.

La doctrina de unificación de doctrina ilustra sobre la posibilidad de celebración de contrato para obra cuyo objeto sea la realización de actividad contratada con un tercero por tiempo determinado, extendiéndose su duración por el tiempo que abarca la contrata, así como la relativa a que para que opere la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores es necesario que lo imponga una norma sectorial o el pliego de condiciones, o, en ausencia de tales prescripciones es necesario que de conformidad con el artículo 44 ET, se produzca la transmisión de elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación.

Así la sentencia de la Sala de lo Social del TS, de 16/06/2016 (RECU), realizando recensión de su doctrina en esta materia nos dice:

"En efecto, interpretando el art. 44 ET hemos mantenido: "a) cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad del servicio de mantenimiento mediante sucesivas contrataciones con diferentes empresas, decide asumir aquella y realizarla por sí misma, sin hacerse cargo del personal de la empresa contratista, no puede decirse que se haya producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el art. 44 ET y en la Directiva 2001/23, de tal forma que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista y no cabe atribuir responsabilidad alguna a la principal ( SSTS 06/02/97 -rec. 1886/96-; ... 27/06/08 -rcud 4773/06 -; 30/05/11 -rcud 2192/10 -; 11/07/11 -rcud 2861/10-; SG 23/09/14 -rco 231/13-, FJ 8.C; y SG 17/11/14 - rco 79/14-); b) siguiendo la misma doctrina hemos mantenido -tratándose de Administraciones Públicas- que la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a una entidad pública, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura y plantilla de dicha empresa, conlleva la aplicación del artículo 44 ET ( SSTS 30/05/11 -rcud 2192/10-, para el servicio municipal de retirada de vehículos; 26/01/12 - rcud 917/11-, para servicio público asistencial); c) pero que mal puede sostenerse la existencia de sucesión de empresas -tratándose de contrataciones administrativas- cuando ni siquiera se han reanudado los servicios propios de la contrata, pues "esta circunstancia como es lógico obsta -por principio y conforme a la jurisprudencia antes referida- que pueda mantenerse la existencia de sucesión empresarial alguna ex art. 44 ET" que pueda imputarse a la Administración Pública ( STS 21/04/15 -rco 91/14 -)" (literalmente, STS SG 19/05/15 [rco 358/14] -asunto "Palacio de Congresos"-).

Criterio del todo coincidente con la STJCUE 20/01/2011 [asunto "CLECE, SA"], supuesto en el que "con objeto de realizar directamente las actividades de limpieza de colegios y dependencias antes confiadas a (...), el Ayuntamiento de (...) contrató personal nuevo, sin hacerse cargo de los trabajadores anteriormente destinados a estas actividades por (...) ni de ninguno de los activos materiales o inmateriales de esta empresa" [apart. 40], resolviendo el Alto Tribunal comunitario que "la mera asunción ... por el Ayuntamiento ... de la actividad de limpieza encargada anteriormente a (...), no basta, por sí sola, para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23" [apart. 42].

..Y desde el momento en que la asunción del cometido propio de la contrata por parte la Administración Pública significa una solución de continuidad en el fenómeno subrogatorio, la nueva adjudicación del servicio que se lleva a cabo siete meses después de que finalizase la contrata saliente y esa actividad de la Administración con sus propios empleados, estas circunstancias comportarían la inexistencia de obligación subrogatoria alguna para la nueva adjudicataria (...), la que obviamente no podría subrogarse en los contratos de los empleados de la Administración, pero que tampoco tendría que hacerse cargo de contratos válidamente extinguidos hacía ya siete meses en aquella empresa -la demandada (...)- que había precedido a la Administración en el desempeño de mantenimiento".

En el supuesto que nos ocupa ni siquiera se produce la recuperación de un servicio público o la continuación por la administración de la actividad empresarial y podemos concluir, como ya hizo la sentencia, que no se produjo transmisión de los sustanciales elementos productivos para el desarrollo de una actividad empresarial independiente de lo que es un verdadero servicio público.





Queda acreditado en este caso que no se produjo transmisión del conjunto sustancial de elementos productivos que permita observar la actividad como unidad organizada autónoma y susceptible, sin complemento, de desarrollo independiente.

El supuesto que se acredita no encaja, por tanto, en la definición jurídica de la sucesión empresarial que es figura jurídica cuyas consecuencias no pueden aplicarse al supuesto que nos ocupa con lo que sólo es posible la condena de la empresa saliente y con ello ha de desestimarse el motivo de censura jurídica que esta desarrolla.

**SÉPTIMO.-** Distinta suerte ha de correr el recurso que despliega el ayuntamiento cocondenado que habrá de acogerse.

Ya dijimos que en realidad la sentencia ya descartó la condena solidaria del mismo porque concurriese la que negó figura de sucesión de empresas y la concretó en la existencia de un posible asenso para el fraude.

Justifica en concreto la condena en que "...el hecho de que el ayuntamiento no haya querido hacerse cargo del servicio de cafetería, si bien no comporta una subrogación automática en los derechos y obligaciones laborales de la anterior empresa explotadora del negocio (dado el fracaso de la nueva licitación que ha quedado desierta), no obstante sí que le responsabilizará de forma solidaria en los derechos y obligaciones con la anterior explotadora del negocio respecto al trabajador".

Es cierto que la torpe actuación administrativa ha causado daños ciertos a la empresa saliente, a la que se informa de nueva concesión, con obligación de subrogación de tercera empresa, lo que le impidió, si a su derecho convenía acudir al despido objetivo del trabajador, o este último que ha visto como era objeto de un despido tácito con dilatado periodo de incertidumbre.

Pero la torpe actuación no supone concilio para el fraude ni determina figura de sucesión empresarial a la que deban aplicarse las consecuencias que disciplina el artículo 44 del ET, con lo que habrá de absolverse de la condena solidaria al ayuntamiento recurrente y sin perjuicio de las acciones que a la empresa saliente puedan caber para reparar los potenciales daños del anormal funcionamiento de la administración.

**OCTAVO.-** El último motivo del recurso de la que fue empleadora del trabajador es de censura jurídica sobre el quantum de la liquidación de vacaciones no disfrutadas y que no podrá acogerse porque aunque vimos que el parámetro salario que fijó la sentencia era incorrecto nos falta que el parámetro días por compensar sea el que se pretende, de 117 días, porque el dies ad quo para tal cómputo no ha de ser necesariamente el primero del ejercicio económico del devengo sino el último del periodo disfrutado en el ejercicio anterior.

Y ello a falta de prueba e inclusión en el relato fáctico de circunstancia que habilite conclusión como la pretendida en el recurso que, por ello, también en este punto ha de rechazarse.

Al ser consecuencia necesaria el importe de las indemnizaciones por despido y complementaria por salario dejados de percibir, se habrán de fijar tomando como salario parámetro el declarado de 1.353,01 euros mensuales

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación que formula la empresa condenada FUTBOL CLUB MARTINEC y estimando el que formula el también en inicio condenado AJUNTAMENT DE BARCELONA, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, autos 389/2018, de fecha 11 de febrero de 2019, seguidos a instancia de don Luis , contra los recurrentes, don Marcial y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre despido y cantidad, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución en todos sus pronunciamientos, salvo en la parte en que impone condena solidaria del AJUNTAMENT DE BARCELONA a estar y pasar por las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido, absolviendo libremente a este último y salvo en la parte en que se fija el importe de las indemnizaciones por despido y complementaria por salario dejados de percibir que se habrán de fijar tomando como salario parámetro el declarado de 1.353,01 euros mensuales.

Habiéndose desestimado el recurso de la condenada FUTBOL CLUB MARTINEC, se dispone la pérdida de la cantidad objeto de depósito, que se ingresará en el Tesoro Público, y respecto a la consignación, désele el destino legal. Se imponen a este recurrente las costas, que incluirán los honorarios del letrado del trabajador impugnante, y que esta Sala establece en la suma de 400,00 euros.



Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

**Publicación.-** La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.