



Roj: **STSJ AND 4582/2017 - ECLI:ES:TSJAND:2017:4582**

Id Cendoj: **41091340012017101026**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **11/05/2017**

Nº de Recurso: **1904/2016**

Nº de Resolución: **1405/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 1904/16-L, sentencia nº 1405/17

**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>. MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA**

**D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD**

En Sevilla, a once de Mayo de dos mil diecisiete.

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 1405/17**

En el recurso de suplicación interpuesto por AREAS S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Sevilla en sus autos núm. 0261/15; 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 demandado, junto a TUTTI FRUTTI 2000 S.L., por D<sup>a</sup>. Amparo , D<sup>a</sup>. Elvira , D<sup>a</sup>. Magdalena y D<sup>a</sup>. Sofía , en demanda de despido, se celebró el juicio y el 30 de octubre de 2015 se dictó sentencia por el referido Juzgado, estimando la pretensión declarando improcedente el despido de las actrices y condenando a AREAS S.A. a que, a su elección, indemnice a Amparo con 32.500,83 euros, a Elvira con 7.658,82 euros, a Sofía con 8.370,70 euros y a Magdalena con 8.012,32 euros, o bien les readmita en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido y les abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de la sentencia, a razón del salario declarado en el hecho probado primero de la misma; y se desestimó la demanda interpuesta por dichos actores contra TUTTI-FRUTTI 2000 S.L, que fue absuelta.

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

"-I-

Los actores han venido prestando sus servicios por cuenta de Áreas S.A. en las siguientes condiciones:



Amparo desde el 14 de junio de 2004, con la categoría de encargada y un salario diario de 73,42 €;

Elvira desde el 7 de junio de 2008, con la categoría de dependienta y con un salario diario de 29,07 euros;

Sofía desde el 23 de octubre de 2007, con la categoría de dependienta y con un salario diario de 28,71 €;

Magdalena desde el 2 de febrero de 2008, con la categoría de dependienta y con un salario diario de 28,71 €.

-II-

El centro trabajo consistía en un local ubicado en la Estación de Santa Justa, propiedad de Adif, destinado a la venta de golosinas y habiendo sido alquilado por la empleadora de los actores en virtud de concesión administrativa al efecto por parte de la referida propietaria, conforme al correspondiente pliego de condiciones en las que se establecía que el objeto de la concesión era el arrendamiento del local, debiendo ser destinado exclusivamente a la venta de golosinas y siendo entregado al arrendatario sin mobiliario.

-III-

Dicha adjudicación se efectuó a la empleadora de los actores en 2007, sucediendo en la misma a Tutti-Frutti 2000 S.L. En tal ocasión esta última remitió a la empleadora de los actores una carta instándole a subrogar a los trabajadores empleados en el local, a lo que se negó dicha empleadora.

-IV-

El 17 de julio de 2014 Adif procedió a licitar nuevamente la concesión del arrendamiento del local para la venta de golosinas y frutos secos, sin mobiliario y con la obligación del arrendatario de llevar a cabo las obras necesarias para la puesta en funcionamiento de la actividad a la que se iba a destinar el local arrendado procediendo al equipamiento del local con cuantas instalaciones fuesen precisas (suministro de energía eléctrica, agua, gas, refrigeración, calefacción, etcétera).

Tutti-Frutti 2000 S.L. resultó adjudicataria, con efectos de 1 de febrero de 2015.

-V-

La empleadora de los actores remitió a Tutti-Frutti 2000 S.L. una carta instándole a la subrogación de sus trabajadores y acompañándole la correspondiente documentación de los mismos.

Tutti-Frutti 2000 S.L. se negó a la subrogación, instando a la empleadora de los actores a dejar el local sin ningún elemento material del mismo.

-VI-

La empleadora de los actores remitió a los mismos el 21 de enero de 2015 una carta en la que les comunicaba que el 31 de enero cesaba el punto de venta denominado "Sweet Market" en el que venían empleadas, debiendo ser subrogadas por la nueva adjudicataria del arrendamiento del local para la explotación de la actividad de venta de golosinas y frutos secos y cesando en su empresa con tal fecha.

-VII-

El 31 de enero de 2015 la empleadora de los actores y Adif suscribieron un acta de devolución del local en la que se hacía constar que la situación de suelos, paredes, techos, puertas y ventanas, iluminación e instalaciones eléctricas era correcto, disponiendo el local de climatización.

-VIII-

La empleadora de los actores, al cesar en su adjudicación, dejó en el local su mobiliario consistente en estanterías, mostrador, cubetas, vitrinas y aparato de aire acondicionado.

El estado del local cuando estaba en uso de la empleadora de los actores era el que reflejan las fotos obrantes a los folios 525 a 530 de los autos, las cuales se tienen aquí por reproducidas.

-IX-

El 1 de febrero de 2015 Adif y la nueva adjudicataria suscribieron un acta de entrega del local, en la cual se expresó que el estado del suelo, paredes, techo, puertas y ventanas, iluminación e instalaciones eléctricas era correcto, no disponiendo de climatización. Añadía que "el local se encuentra con mobiliario del arrendatario anterior, empresa Áreas S.A., que dicha empresa no retira porque nos ha manifestado su renuncia al mismo".

-X-

Entre el 5 y el 6 de febrero de 2015 fue retirado el mobiliario del local.



Adif encargó después del 6 de febrero de 2015 a una de sus limpiadoras que procediese a la limpieza del local adjudicado a Tutti-Frutti 2000 S.L., la cual lo encontró sin muebles.

-XI-

Adif y la nueva adjudicataria suscribieron el 20 de febrero de 2015 acta de inicio de actividad, expresando que la fecha de inicio efectivo de la actividad sería el 22 de febrero de 2015.

-XII-

El estado del local regentado por la nueva adjudicataria es el expresado en las fotografías obrantes a los folios 650 a 654, las cuales se tiene aquí por reproducidas.

-XIII-

Interpuesta papeleta de conciliación el 11 de febrero, resultó sin avenencia el 3 de marzo, interponiéndose demanda el 9 de marzo."

**TERCERO.-** El demandado AREAS S.A. recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado por TUTTI-FRUTTI 2000 S.L.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia estimatoria de la pretensión de despido, declarado improcedente y condenada la empresa AREAS S.A. a las consecuencias legales, y absuelta la empresa entrante TUTTI FRUTTI 2000 S.L., se alza el demandado AREAS S.A. por el cauce de los apartados b ) y c) del art 193 LRJS , proponiéndose redacción alternativa de los hechos probados, los 2º, 3º, 4º y 10º; como la infracción del art. 44 ET , y de la jurisprudencia interpretativa, con el argumento que transferida una entidad económica que mantiene su identidad es un supuesto ex art. 44 ET .

**SEGUNDO.-** El recurrente pretende la revisión de los siguientes hechos:

1. El SEGUNDO para que se elimine "sin mobiliario" a lo que no se accede dado que de los doc de los f. 391 a 400 -pliego de condiciones 2007- f. 404 a 421 - contrato de adjudicación en 2007-, f. 407, f. 411, f. 420 no se infiere ese hecho, salvo que realicemos conjeturas y conclusiones subjetivas. Es mas, de la propia prueba reseñada se puede inferir lo contrario a lo aquí pretendido, como por ejemplo del doc al f. 407. En fin, abandonar en un local un mobiliario no implica su transmisión a la empresa entrante del mismo, cuando media un pliego de condiciones y un propietario del local de negocio objeto de la contratación: arrendamiento del local 6223 en la Estación de Santa Justa; máxime cuando tal abandono es un incumplimiento de sus obligaciones contractuales ex doc al f. 407- "el arrendatario deberá desalojar y dejar libre y a disposición de ADIF el local referido".

2. El TERCERO para que quede redactado del siguiente tenor literal: "Dicha adjudicación se efectuó a la empleadora de los actores el 18 de junio de 2007 sucediendo en la misma a Tutti-Frutti 2000 SL. En tal ocasión esta última remitió a la empleadora de los actores, el 12 de abril de 2007 carta instándole a subrogar a los trabajadores empleados en el local al entender literalmente que "de acuerdo con el artículo 44 del RDL 1/95 "Estatuto de los trabajadores" se produce en este caso una sucesión de empresa en la titularidad del centro de trabajo". AREAS contestó a dicha comunicación de TUTTI FRUTTI en fecha 7 de mayo de 2007 indicando literalmente que "respecto a la adjudicación de la explotación de golosinas de la estación estamos a la espera de que ADIF comunique el resultado del concurso. Nuestra empresa no ha suscrito ningún contrato mercantil ni de otro tipo con ADIF por lo cual no podemos asumir obligaciones que no nos competen". Asimismo, cabe indicar que en la adjudicación de un local propiedad de ADIF para destinar a la venta de golosinas en la estación de A Coruña en el año 2015, AREAS indicó a TUTTI FRUTTI mediante comunicación de 23 de septiembre de 2015 que tras resultar adjudicataria procedía a subrogarse en los contratos de las trabajadores que hasta entonces habían prestado servicios en TUTTI FRUTTI indicando que: "en virtud de lo establecido en el art. 44 del ET procederemos a la subrogación de las dos trabajadoras que prestan servicios en dicho centro de trabajo".

Lo apoya en los doc de los f. 793, 798, 404 a 421, 807 a 834, 835 a 837, 881.

No se accede a tal revisión fáctica en cuanto en nada altera el sentido del fallo, mas el último párrafo nada añade al referirse a otra adjudicación de otro local en arrendamiento y en otra localidad, de lo que no cabe inferir hecho alguno salvo conjeturas.

3. El CUARTO para que se adicione "con" antes de mobiliario, apoyado en los doc de los f. 551 a 570, 572 a 629.



No se accede por lo antes dicho: abandonar en un local un mobiliario no implica su transmisión a la empresa entrante del mismo, máxime cuando tal abandono es un incumplimiento de sus obligaciones contractuales ex doc al f. 407.

4. El DÉCIMO para que conste literalmente lo siguiente: "El 1 de febrero de 2015 ADIF y TUTTI FRUTTI suscribieron Contrato de Adjudicación por el cual TUTTI FRUTTI procedía a arrendar a ADIF el local sito en la estación de Santa Justa, Sevilla, destinándolo a la actividad de venta de golosinas y frutos secos descrita y regulada en el pliego de condiciones de la adjudicación. En el mencionado Contrato de Adjudicación se indica que el mismo "entra en vigor el día de la fecha del acta de entrega del local". El acta de entrega del local suscrita entre ADIF y TUTTI FRUTTI el 1 de febrero de 2015 recoge que el mencionado local contaba con mobiliario del arrendatario anterior. la empresa A REAS S.A (folio 632). Por su parte el acta notarial de presencia y de realización de fotografías de fecha 5 de febrero de 2015 realizada a solicitud de TUTTI FRUTTI especifica que el mobiliario e instalaciones existentes en el local a esa fecha consistía según certificación notarial en:

1. una estantería de color verde, en la que se leen las palabras "a peritivos" y "snacks".
2. Dos pequeñas estanterías del mismo color verde.
3. Un mostrador de igual color verde
4. Otra estantería del mismo color verde en la que se puede leer "bollería" y "caramelos".
5. Tres estanterías de color naranja. La primera de dos cuerpos, en la que se puede leer "chocolatinas" "frutos secos". Otra de tres cuerpos en la que se pueden leer "golosinas dulces". Y la tercera de un cuerpo en la que se puede leer "bombones"
6. Un mueble central de color naranja de tres alturas.

Detrás del mostrador ... un mini despacho, dos estanterías metálicas, una estantería de madera, y una estantería verde de dos cuerpos. En el local existen numerosos departamentos de metacrilato. En el techo hay seis lámparas cinco de campana y una fluorescente.

Entre el 5 y el 6 de febrero de 2015 TUTTI FRUTTI retiró el mobiliario de A REAS. S.A. del local dado que optaron por realizar obras y cambiar parte del mobiliario, facultad de la que disponían en virtud de la Estipulación Octava del contrato de adjudicación suscrito el 1 de febrero de 2015.

Adif encargó después del 6 de febrero de 2015 a una de sus limpiadoras que procediese a la limpieza del local adjudicado a Tutti Frutti 2000 S.L. la cual lo encontró sin muebles".

Lo apoya en los doc de los f. 634, 525 a 530, 632, 572 a 629, 656 a 673.

No se accede a tal revisión dado lo ya antes dicho: abandonar en un local un mobiliario no implica su transmisión a la empresa entrante del mismo, máxime cuando tal abandono es un incumplimiento de sus obligaciones contractuales ex doc al f. 407. Se suma el que del acta notarial solo se infiere lo que interesa, fraccionando el acta de modo que de las fotografías tomadas el 6-2-15, en las que se aprecia que ya no hay enseres ni mobiliario tras ser retirados por ADIF, nada se infiere.

**TERCERO.-** El recurrente denuncia la infracción del art. 44 ET , y de la jurisprudencia interpretativa, con el argumento que transferida una entidad económica que mantiene su identidad es un supuesto ex art. 44 ET en cuanto las condiciones en que se produjo la adjudicación del 2014, transmitiéndose el local de venta de golosinas, implica el que TUTTI FRUTTI debe responder de las consecuencias de la no subrogación del personal que prestaba ahí servicios para AREAS. Sostiene que hubo transmisión de elementos patrimoniales: local y mobiliario.

Son hechos relevantes:

1º. El objeto de la licitación administrativa fue exclusivamente el arrendamiento del local 6223 de la estación del AVE-Santa Justa, propiedad de ADIF, sin que en el pliego de condiciones de dicha licitación se contuviera obligación alguna de subrogación de personal, ni se transmitiera ningún elemento material ni personal.

2º. Una vez ADIF entregó la posesión del local a TUTTI FRUTTI 2000 S.L., tras desalojarlo la anterior adjudicataria, AREAS S.A., que lo había venido ocupando bajo la denominación comercial THE SWEET MARKET, TUTTI FRUTTI 2000 S.L. llevó a cabo obras, sin aprovechar ningún elemento material de la anterior adjudicataria AREAS S.A.

3º. Tras las obras el local tenía una imagen distinta a como lo tuvo el precedente adjudicatario AREAS S.A. y con distinta denominación (de THE SWEET MARKET con AREAS, S.A. a TUTTI FRUTTI).



4º. La ahora recurrente, AREAS S.A., incumplió los términos de su propio contrato administrativo con ADIF de fecha 18 de junio de 2007, según el cual debía "desalojar y dejar libre y a disposición de ADIF el local referido" (vid. doc al f. 407): dicho mobiliario fue retirado por la propietaria del local ADIF procediendo una trabajadora de ADIF a la limpieza del local una vez el mismo estuvo absolutamente libre y vacío.

6º. El 20 de febrero de 2015 TUTTI FRUTTI, tras las obras de adecuación realizadas en el local, inició su actividad.

En el 2º párrafo del FDº 2º se nos reitera, con valor de hecho, lo ahora resumido diciéndonos: *"en el pliego de condiciones de la adjudicación que se realizó a la empleadora de los actores en 2007 como en el de la nueva que se realiza a la codemandada Tutti-Frutti 2000 S.L. en 2014, se expresa que el objeto de la adjudicación es el arrendamiento de un local de negocio para cierta actividad, sin contener el mismo el mobiliario preciso para llevarla a cabo. .../... que la empleadora, haciendo caso omiso de tal previsión, no retiró su mobiliario del local al perder la adjudicación de su uso, .../... mera y unilateral acción, contraria a lo establecido en las condiciones de la adjudicación, .../... se expone expresamente en el acta de entrega del local por parte de su propietaria a la nueva adjudicataria, poniéndose de manifiesto la renuncia de la empresa saliente a dicho mobiliario y por consiguiente que la empresa entrante no se hacía cargo del mismo y significativamente, ni en el acta de devolución de la empleadora de los actores ni en el acta de recepción de la empresa entrante se contiene referencia alguna a la presencia de mobiliario en el local, con la salvedad antes expresada, poniéndose así de manifiesto que el mobiliario dejado en el local por la empleadora de los actores no era objeto de transmisión y de recepción por la empresa entrante. De este modo, el mobiliario que indebidamente dejó la empleadora de los actores fue retirado y la empresa entrante colocó el suyo propio. .../..."*

Luego si la mera circunstancia de que el cesionario continúe o retome la actividad del cedente (transmisión de la actividad) no es suficiente para afirmar la existencia de sucesión de empresa, porque la entidad económica transmitida no puede reducirse a la actividad que venía realizando el cedente (SSTJUE 11-3-97, C-13/95 ; 2-12-99, C-234/98 ; 26-9-00, C-175/99 ; 20-1-11, C-463/09 ; 9-9-15, C-160/14 ; TS 29-5-08, EDJ 155884; 15-7-13, EDJ 173590) puesto que para que haya sucesión de empresa el cesionario debe desarrollar la actividad con el conjunto de medios organizados que el cedente le ha transmitido (transmisión de entidad económica con autonomía funcional) y para que exista la sucesión legal, además, de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transmitida al nuevo empresario debe conformar 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, y el objeto de la licitación administrativa fue exclusivamente el arrendamiento del local 6223 de la estación del AVE-Santa Justa, propiedad de ADIF, sin que en el pliego de condiciones de dicha licitación se contuviera obligación alguna de subrogación y una vez que ADIF entregó la posesión del local a TUTTI FRUTTI, tras salir la anterior adjudicataria AREAS S.A., que lo había ocupado y explotado bajo la denominación comercial THE SWEET MARKET, llevó a cabo obras sin aprovechar ningún elemento material de la anterior adjudicataria, AREAS S.A., se debe concluir que lo transmitido no es una entidad económica que conserve su identidad.

El local transmitido por ADIF no dispone de una autonomía funcional suficiente antes de ser transmitida al cesionario; la autonomía funcional debe preexistir, en todo caso, a la transmisión, no se adquiere con la transmisión.

En suma, si la entidad económica no dispone previamente de autonomía funcional suficiente, su transmisión, en principio, no constituye sucesión de empresa. Si no fueron transmitidos elementos materiales como bienes muebles, existencias, ni inmateriales como clientela, imagen de marca, la entidad transmitida no puede definirse como un conjunto de medios organizados susceptible de explotación económica.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

## FALLAMOS

Con **desestimación del recurso** de suplicación interpuesto por AREAS S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Sevilla en sus autos núm. 0261/15, en los que el recurrente fue demandado, junto a TUTTI FRUTTI 2000 S.L., por Dª. Amparo , Dª. Elvira , Dª. Magdalena y Dª. Sofía , en demanda de despido, y como consecuencia **confirmamos dicha sentencia** .

Se condena a la recurrente a la pérdida del depósito y de las consignaciones que en su día fueron efectuados para recurrir a los que, una vez firme esta sentencia, se les dará su destino legal.

Se condena a la recurrente al pago de las costas de este recurso, en las que sólo se comprenden -por no constar la reclamación de otros gastos necesarios- los honorarios del Sr. Letrado impugnante del recurso en cuantía de mil doscientos euros (1.200€) así como del IVA correspondiente, que en caso de no satisfacerse





voluntariamente podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el art. 237.2 LRJS .

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".

Adviértase al recurrente no exento, que deberá acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito de 600€, 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 4052-0000-35- 1904-16, especificando en el documento resguardo de ingreso, campo concepto, que se trata de un "Recurso".

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.

PUBLICACIÓN: En Sevilla a once de Mayo de dos mil diecisiete.