



Roj: **STSJ AND 84/2009 - ECLI:ES:TSJAND:2009:84**

Id Cendoj: **41091340012009100048**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **13/01/2009**

Nº de Recurso: **1252/2008**

Nº de Resolución: **146/2009**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS SANCHEZ ANDRADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 1252/08 (LC) Sentencia nº 146/09

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTMA.. SRA.:

DOÑA ANA MARÍA ORELLANA CANO, PRESIDENTA

ILTMOS. SRES.:

DOÑA EVA MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA

En Sevilla, a trece de enero de dos mil nueve.

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

EN NOMBRE DEL REY, ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 146/09

En el recurso de suplicación interpuesto por el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE CHIPIONA Y EXPLOTACIONES PIE DE REY, S.L., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. DOS de los de JEREZ DE LA FRONTERA en sus autos núm. DOS; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por Juan Enrique , contra los recurrentes, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día veintidós de enero de dos mil ocho por el referido Juzgado, en la que se estimó la demanda.

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

""PRIMERO.- El demandante D. Juan Enrique ha venido prestando servicios para la entidad demandada EXPLOTACIONES PIE DE REY S.L., con antigüedad desde el 01.10.2005, con la categoría profesional de camarero, en el centro de trabajo sito en la carretera de Chipiona a Rota, kilómetro 3.5, Camping Municipal " El Pinar ", percibiendo con un salario diario a efectos de despido de 36,70 euros (hecho no controvertido).

Regía entre las partes el Convenio Colectivo de Hostelería de la Provincia de Cádiz.



SEGUNDO.- La relación laboral entre ambas partes se inició mediante contrato de trabajo, de duración determinada, por obra o servicio determinado, suscrito en fecha 1 de octubre de 2005, que obra aportado a las actuaciones (documento 2 del demandante) y cuyo contenido, no controvertido, se da aquí por reproducido.

TERCERO.- Se suscribió en fecha 29 de julio de 2005 el contrato de concesión administrativa concertado por EXPLOTACIONES PIE DE REY S.L. y el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE CHIPIONA, para la gestión del Camping Municipal " El Pinar ", aportado por el Ayuntamiento demandado en su ramo de prueba y cuyo contenido, no impugnado, se da aquí por reproducido.

Dicho contrato fue resuelto por el Ayuntamiento demandado, achacando como causa para ello diversas irregularidades e incumplimientos de lo pactado achacables a la entidad concesionaria demandada, así en el devenir del año 2007, procediendo al rescate del servicio del Camping Municipal, el que se materializó en fecha 19 de octubre de 2007, conforme Decreto de la Alcaldía aportado por el Ayuntamiento demandado en su ramo de prueba y cuyo contenido, no impugnado, se da aquí por reproducido.

CUARTO.- Desde el 19 de octubre de 2007, las instalaciones del Camping Municipal vienen siendo custodiadas por operarios municipales, prestando los servicios propios de dicha actividad, que en la actualidad se mantienen en la misma esencia y sustantividad, y exclusivamente, operarios municipales.

Recibió el actor procedente de la entidad EXPLOTACIONES PIE DE REY la comunicación de fin de contrato, que aporta como documento 4 en su ramo de prueba, y cuyo contenido, no impugnado, se da aquí por reproducido.

QUINTO.- Las funciones laborales desplegadas por el actor respondían a trabajos y necesidades no estacionales ni esporádicas y que resultaban permanentes y cotidianas en la actividad de la entidad.

SEXTO.- El demandante no ha ostentado en el último año la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

SÉPTIMO.- Presentado papeleta de conciliación ante el CEMAC, se celebró el acto en fecha 26 de octubre de 2007, con el resultado de intentado sin efecto."

TERCERO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de suplicación por los demandadas, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la parte codemandada, EXCMO. AYUNTAMIENTO DE CHIPIONA que ha visto estimada la reclamación por despido, contra él formulada, por medio de su representación, articulando un primer y segundo motivo de suplicación, al amparo del apartado b) del artº. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, desde ahora LPL, para revisar los hechos probados, para que en el hecho tercero se suprima el párrafo segundo y se incluyan otros dos en los que sustancialmente, se incluya que comunicado el acuerdo de rescate de la concesión, la concesionaria puso a disposición del Ayuntamiento las instalaciones del camping, con entrega de las llaves, en fecha 19 de octubre 2007, más la modificación del hecho cuarto, proponiendo nueva redacción, para incluir que el 19 de octubre y al haber abandonado el camping el concesionario, por Decreto del Alcalde, se acordaba que la Policía Municipal se emita informe sobre el estado del camping y sus instalaciones y que por operarios municipales se custodien los servicios del camping y se mantenga la prestación del servicio público, sin que pueda admitir nuevos usuarios, citando documental, motivo que debe ser rechazado, según se razona.

Cuando se invoca error en la apreciación de la prueba, ha declarado reiteradamente esta Sala, SS. núm 511 y núm. 2539, de 8 de febrero y 17 julio 2008, por todas, citando doctrina del Tribunal Supremo, Auto de 5 de marzo de 1992 y Sentencias de 12 marzo y 1 junio de 1992, 31 de marzo de 1993, 12 de julio 2004 y 4 de noviembre de 2005, entre otras muchas que, para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia y en el presente caso, ni las modificaciones propuestas en primer lugar, harán variar el signo del fallo, ni el contenido de la segunda se puede acreditar sin más de la documental, menos cuando la base del relato no solo se obtiene de la documental practicada, sino también de la testifical, cuando tras declarar probado que desde el 19 de octubre 2007, las instalaciones del Camping Municipal mantienen en esencia la misma actividad, razona que el Servicio de Camping Municipal se siguió desarrollando, en el mismo lugar, con los mismos medios materiales, en un nivel de rendimiento más amplio y en pleno funcionamiento, citando la declaración testifical, procediendo en consecuencia la desestimación de estos primeros motivos examinados.



SEGUNDO.- Articula el recurrente un tercer motivo de suplicación, al amparo del apartado c) del artº. 191 de la LPL , invocando la infracción del art. del Estatuto de los Trabajadores, ET, una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia y las cláusulas de condiciones de explotación del camping municipal, entendiéndose que no ha existido sucesión empresarial, por el hecho de haber tomado el Ayuntamiento posesión material del camping y haber sustituido los trabajadores de la concesionaria, por sus funcionarios y trabajadores, motivo que deberá ser rechazado, según se razona.

Declara esta Sala, SS. núm. 1963 y 2539, de 3 de junio y 17 julio 2008 , que 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 accesorias, habiendo declarado el Tribunal Supremo en sentencias como las de 13 de marzo de 1990 ; 23 de febrero de 1994 ; 17 de marzo de 1995 , sobre el contenido del artº. 44 del ET , que el citado precepto presupone, como garantía de estabilidad en el puesto de trabajo, la concurrencia de dos elementos: uno subjetivo, representado por la transmisión directa o cambio del antiguo empresario por otro nuevo y distinto, aunque la sustitución se realice a través de un tercero interpuesto, pues lo determinante es que el empresario anterior y el nuevo se hagan cargo sucesivamente de la actividad empresarial; y otro, objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad de la actividad principal que constituye su objeto, o, lo que es lo mismo, la permanencia de la empresa como unidad en sus factores técnico-organizativos y patrimoniales, aunque respecto a éstos, se ha suavizado o matizado por la Sentencia del TJ de las CCEE de 19 de Septiembre de 1995 y STJCE Luxemburgo (Sala Sexta) de 24 enero 2002 , TJCE 2002/29, las cuales, en aplicación de la Directiva 77/87 de 14 de Febrero de 1977 , entienden que "hay que considerar todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación controvertida, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que haya habido o no una transmisión de bienes materiales, tales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los bienes inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo, o no, de la mayoría de trabajadores, 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 tales actividades. Sin embargo, todos estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente" y al mismo tiempo, "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. Por consiguiente, 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 (sentencia Süzen [TJCE 1997, 45], apartado 21. Por lo que se refiere a una empresa de limpieza, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción (sentencia Hernández Vidal y otros [TJCE 1998, 308], apartado 27, doctrina que recoge, no sin criticar, la STS, Sala Social, de 29 octubre 2004 .

Por su parte, la Directiva 98/50 / CE de 29 de junio de 1998 que modifica la Directiva 77/187/CEE ha aclarado el concepto genérico de transmisión a través de una serie de precisiones sobre el significado de la normativa comunitaria en esta materia, que no ha supuesto modificar la Directiva anterior, sino aclararla, y que tienen su reflejo en las modalidades de aplicación en las empresas y Administraciones Públicas, Directiva sustituida por la 2001/23 / CE, de 12 de Marzo.

Resumiendo, como recoge la STS, Sala de lo Social, de 4 abril 2005, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2423/2003 , se mantiene para que exista sucesión de empresas, la necesidad que entre cedente y cesionario exista una transmisión de activo patrimonial. En otro caso, de conformidad con esa doctrina, la sucesión únicamente se produce por que la imponga el convenio colectivo estatutario que sea de aplicación, o, con determinadas restricciones, cuando se derive del pliego de condiciones de la concesión, acogiendo aquello que un sector de la doctrina estimaba como desviación de la jurisprudencia de la emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia Schmidt de 14 de abril de 1994 , rectificada por la sentencia Süzen, de 11 de marzo 1997 , donde se afirmaba que «la mera sucesión en una actividad objeto de contrata no es suficiente para apreciar una transmisión de empresa, si no va acompañada de la cesión entre ambos empresarios de elementos significativos del activo material o inmateriales». Bien es cierto que añadía un elemento adicional cuando afirmaba que «si la actividad empresarial descansa fundamentalmente en la mano de obra puede mantenerse la identidad después de la transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea». Esta misma tesis se mantuvo en las sentencias Hernández Vidal y Sánchez Hidalgo de 10 de diciembre de



1998 y alcanzó su máxima expresión en las sentencias Temco, de 24 de enero de 2002 y Sodexho, de 20 de noviembre de 2003, donde aquel elemento adicional llegó a hacerse efectivo e imponer la sucesión cuando el nuevo empresario se hacía cargo de parte de la plantilla del cedente. A la vista de esas resoluciones el Tribunal Supremo hubo de cambiar su anterior doctrina, cambio que ya se anunciaba en las sentencias de 20 de octubre de 2004 y que se plasmó en la de 27 del mismo mes y año. Así se rectifica la doctrina en el sentido de que la sucesión procede, no sólo cuando hay transmisión de activos patrimoniales, sino también en aquellos otros supuestos en los que el cesionario de una actividad se hace cargo en términos significativos de calidad y número de parte de personal del cedente. En el supuesto hoy enjuiciado, inalterados los hechos probados o incluso si se hubiesen admitido las revisiones propuestas, nos encontraríamos con que el Ayuntamiento que es propietario del Camping Municipal "El Pinar", con toda la instalaciones completas y dispuestas para su uso, otorga concesión a la empresa Explotaciones Pie de Rey, S.L., el 29 de julio 2005, empresa que se hace cargo de las instalaciones y demás enseres, para comenzar la explotación y lo hace con sus trabajadores, aunque, por determinadas irregularidades, acuerda el Ayuntamiento el rescate de la concesión que comunicado a la empresa para alegaciones, tiene como respuesta la entrega de llaves del Camping el 19 de octubre 2007, fecha en la que se hace cargo del Camping, igualmente con todo dispuesto para su explotación que continúa, el propio Ayuntamiento, con lo que en este caso, de ida y vuelta, tanto el Ayuntamiento en inicio le transmite a la cesionaria, una entidad económica que mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, como la cesionaria, al final de la cesión, al Ayuntamiento, con lo que supuso una transmisión de las que recoge el art. 44 del ET y la sentencia que así lo entendió, no infringió precepto alguno, sino que los aplicó atinadamente, debiendo ser la misma confirmada, condenando al recurrente en costas, por así venir establecido en el art. 233.1 de la LPL.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debemos desestimar el recurso de suplicación interpuesto en nombre de EXCMO. AYUNTAMIENTO DE CHIPIONA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Jerez de la Frontera, de 22 de enero 2008, en reclamación por Despido, instado por D. Juan Enrique, debiendo ser confirmada la resolución recurrida, condenando al recurrente en costas, en las que se deberá incluir la cantidad de 1.000 euros, en concepto de honorarios, 500 euros para cada uno de los Sres. Letrados impugnantes del recurso.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra esta sentencia, 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, así como que transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

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

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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