



Roj: **STSJ BAL 94/2015 - ECLI:ES:TSJBAL:2015:94**

Id Cendoj: **07040340012015100018**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **09/02/2015**

Nº de Recurso: **453/2014**

Nº de Resolución: **23/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **ALEJANDRO ROA NONIDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00023/2015

NIG: 07015 44 4 2013 0100364

402250

TIPO Y Nº. DE RECURSO.: RECURSO SUPPLICACION 0000453 /2014

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS.: JUZGADO DE LO SOCIAL NÚMERO UNO DE CIUTADELLA DE MENORCA.
DEMANDA.: 338/2013 Y ACUMULADO AL 339/2013, 340/2013 Y 341/2013.

RECURRENTE/S D/ña Luis Enrique , Santiago , Valle , Pedro Jesús

ABOGADO/A: BUENAVENTURA QUEVEDO ROCA, BUENAVENTURA QUEVEDO ROCA , BUENAVENTURA QUEVEDO ROCA , BUENAVENTURA QUEVEDO ROCA , , , , , ,

RECURRIDO/S D/ña: VICJU SC, Amador (CAFERÍA-RESTAURANTE LA TROPIACAL) Y VICJU, S.C. Aureliano Y Alicia (CAFETERÍA-RESTAURANTE DIT I FET)

ABOGADO/A: MARTA BORRAS MARIA, MANUEL PECHARROMAN JIMENEZ , ,

Materia.: EXTINCIION CONTRATO TEMPORAL

Nº. RECURSO SUPPLICACION **453/2014**

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LAS ISLAS BALEARES

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE:

DON FRANCISCO J. WILHELMI LIZAU

MAGISTRADOS:

DON ANTONI OLIVER REUS

DON ALEJANDRO ROA NONIDE

En Palma de Mallorca, a nueve de febrero de dos mil quince.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados que constan al margen, ha pronunciado

EN NOMBRE DE S. M. EL REY



la siguiente

SENTENCIA NÚM. 23/2015

En el Recurso de Suplicación núm. 453/14, formalizado por el Sr. Letrado Don Buenaventura Quevedo Roca, en nombre y representación de Doña Valle , Don Luis Enrique , Doña Santiago y Don Pedro Jesús , contra la sentencia de fecha 15 de Septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social N.º. 1 de Ciutadella de Menorca en sus autos demanda número 338/2013 acumulado al 339/2013, 340/2013 y 341/2013, seguidos a instancia de los recurrentes, frente a D. Amador (Cafetería restaurante La Tropical), representado por el Sr. Letrado Don Manuel Pecharroman Jiménez y Vicju, S.C. (Aureliano y Alicia - Cafetería Restaurante Dit i Fet), representada por la Sra. Letrada Doña Marta Borrás María, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. ALEJANDRO ROA NONIDE, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

I.- Dña. Valle , con DNI nº : NUM000 , venía prestando servicios por cuenta y dependencia del empresario Amador , desde el 5/04/2007 - fecha ésta de antigüedad, (vida laboral, f. 219, y hecho indiscutido) -, que regentaba, (y siéndole aplicable así el Convenio Colectivo de Hostelería) el negocio de cafetería- restaurante, bajo el rótulo en el establecimiento y nombre comercial de "La Tropical", en el local de la C/ Lluna 30 a 36 de Mahón, - siendo el Sr. Amador junto con su esposa, propietarios proindiviso de la mitad de las fincas registrales que lo integran, perteneciendo la otra mitad indivisa a D. Jesús como nudo propietario, si bien el usufructo de ésta última le correspondía a Dña. Luz , fs. 62 y 63 -. La actora tenía la categoría profesional de ayudante de camarera y su salario era de 1.347,69 euros brutos mensuales, incluido el prorrateo de las pagas extraordinarias (hecho indiscutido).

Para dicho Sr. Amador , también prestaban sus servicios en el referido negocio, - durante todo el año, como lo hiciera Dña. Valle , f. 219 -, tanto D. Luis Enrique , DNI: NUM001 , desde el 5/4/07, con la categoría profesional de jefe de partida y salario 1.555,01 euros brutos mensuales, incluido el prorrateo de las pagas extraordinarias (hecho indiscutido); como Dña. Santiago , DNI: NUM002 , desde el 14/5/02, con la categoría profesional de pinche de cocina y salario de 959,28 euros brutos mensuales, incluido el prorrateo de las pagas extraordinarias (hecho indiscutido); como D. Pedro Jesús , DNI: NUM003 , desde el 5/4/07, con la categoría profesional de camarero y salario era de de 1.437,12 euros brutos mensuales, incluido el prorrateo de las pagas extraordinarias (hecho indiscutido).

II.- Reuniendo los requisitos precisos, fs. 95 a 99, el Sr. Amador , en septiembre de 2.012, tras 48 años de cotización a la S.Social decidió jubilarse para octubre de 2.012, por lo que, - siéndole reconocida situación y prestación por resolución del INSS de 2/11/12 -, dándose de baja con cese de actividad ante la Agencia Tributaria el 17/10/12, y en el RETA al día siguiente, fs. 104 y 99, llegado dicho día 17/10/12 la empresa dejó de desarrollar la actividad en dicho local, haciéndose efectivo lo que por carta de 25/9/12, (f. 3 y correlativos) se había comunicado a todos los trabajadores de dicha empresa, procediéndose a la entrega de saldo y liquidación a los mismos, sin objeción. Carta que literalmente decía:

"Muy Sra. Mía:

Por la presente le comunico que el próximo día 17 de octubre de 2012 cumpliré los requisitos necesarios para poder acceder a la jubilación y he decidido acogerme a ella, por lo que no produciéndose sucesión de empresa al no existir persona alguna que vaya a continuar con la misma, me veo en la obligación de cerrar el negocio de hostelería que hasta la fecha venía explotando.

Por ello, con efectos del día 17 de octubre de 2012 y al amparo del art. 49.1. g) ET quedará extinguido el contrato de trabajo que mantiene con esta empresa, no sin antes manifestarle mi agradecimiento por la eficacia con que ha prestado sus servicios durante todos estos años.

En cumplimiento de lo legalmente estipulado, el día en que surja efectos la extinción, tiene usted derecho a percibir el importe correspondiente a una mensualidad de salario en concepto de indemnización, cantidad que se le hará efectiva el próximo día 17 de octubre junto con el resto de su liquidación."

III.- Cesada la actividad y cerrado el local, desde el mismo mes de octubre de 2.012 se procedió al desmantelamiento de las instalaciones y mobiliario no fijo de obra del local, (siendo éstas fijas de obra la barra y algunas mesas del interior), retirando, entre otros, el gas de las cámaras frigoríficas y congeladoras, así como las máquinas de frío de Kalisse, los grifos de cerveza de la marca Damm, los grifos de refresco dependientes de la empresa Cobega (distribuidora de Coca-Cola y sus productos), todos los líquidos y productos, el horno



y los servicios de Canal +, (fs. 116 a 154, confesiones, contrato de arrendamiento del local, y en relación con los fs.195 a 204).

IV.- Permaneciendo así cerrado ininterrumpidamente, enterados en primavera Aureliano y su mujer Dña. Alicia , - que formaban la sociedad comanditaria "Vicju, S.C", y que venían explotando personalmente la actividad de bar desde 2.007 en la Plaza de la Explanada de Es Castell, en el bar "B.B Tres" f. 195 -, que por los dueños se había puesto en alquiler el local que antes ocupaba "La Tropical", interesado dicho matrimonio en montar su negocio ubicándose en la zona del centro de Mahón, en que se encontraba dicho local para arriendo, concertaron con dichos dueños contrato de arrendamiento del local el 13/5/13, - distinguiéndose en el mismo, si bien en contrato único, dos rentas diferentes y dos plazos diferentes de vencimiento -, (fs. 62 y ss. que se da por reproducido), cuyo objeto de arrendamiento era la superficie situada dentro de las paredes de los departamentos, f. 64.

V.- Procediéndose desde la fecha del contrato por el matrimonio referido a montar el local para su puesta en funcionamiento, con cambio del rótulo comercial sustituyendo "La Tropical" por el de "Dit y Fet", f. 198, incorporando mesas, sillas, mobiliario y utensilios con que contaban en el anterior local que dejaron de explotar, contratando para el local de Mahón la instalación de nuevas cámaras y armarios frigoríficos de Frigo, nuevo dispensador de cerveza, horno, máquinas de café, tragaperras y de tabaco, y aportando también por nueva compra, utensilios y menaje propios de la actividad, fs. 157 a 199, elaborando desde su apertura el 30/5/13, anunciada desde el 20/5/13 con carteles, sus particulares productos culinarios de su nueva carta, (así, fs. 161 y vto. 166 y 167), contrataron a dos personas para ayuda en el servicio, ninguna de las cuales fueron los demandantes.

VI.- Los actores, el día 20/6/13, f. 10, presentaron papeleta de conciliación ante el TAMIB, celebrándose el acto el día 28/6/13, con el resultado de intentado sin acuerdo. Las demandas se presentaron por fax en este Juzgado el día 4/7/13, remitiéndose luego los originales el 11/7/13, fs. 1 y 6.

VII.- Los demandantes no han ostentado en el último año la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO las demandas interpuestas a instancia de Dña. Valle , D. Luis Enrique , Dña. Santiago , y D. Pedro Jesús , contra la empresa Manuel Pecharromán Páez, y contra la empresa "Vicju, S.C", a las que debo ABSOLVER y ABSUELVO de las pretensiones contra ellas formuladas en este juicio por la parte actora.

TERCERO.- Contra dicha resolución se anunció recurso de suplicación por el Letrado D. Buenaventura Quevedo Roca, en nombre y representación de D^a Valle , D. Luis Enrique , D^a Santiago y D. Pedro Jesús , que posteriormente formalizó y que fue impugnado por la representación de la entidad VICJU, SC; siendo admitido a trámite dicho recurso por esta Sala, por Providencia de fecha 17 de Diciembre de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. En primer término, citando el artículo 193, apartado B, de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social , propone a efectos de demostrar la sucesión de empresa tres modificaciones de los hechos probados. En primer lugar, solicita la modificación del hecho probado tercero, proponiendo el siguiente texto "*Suspendida la actividad y cerrado el local, desde el mimos mes de octubre de 2.012 se procedió a la retirada del gas de las cámaras grandes, así como las máquinas de frío de Kalisse, los grifos de cerveza de la marca Damm (el 23/5/13), los grifos de refresco dependientes de la empresa colega (distribuidora de Coca-Cola y sus productos, todos los líquidos y productos de limpieza, el hormo de pizzas y los servicios de Canal + (fs. 116 a 154, confesiones, contrato de arrendamiento del local, y en relación con los fs. 195 a 204).*", fundamentalmente para sustituir los términos concretos utilizados por la sentencia recurrida sobre el desmantelamiento de las instalaciones y mobiliario no fijo de obra del local, por entender que no es ajustado a la realidad y al predeterminar el fallo. En este sentido, cabe la supresión relativa al desmantelamiento, pero no la sustitución por el concepto de suspensión de actividad que podría caer en el mismo defecto procesal; no obstante, lo relevante del hecho, que permanece intacto, es el tipo de instalaciones y objetos mobiliarios retirados del local, acreditado debidamente por prueba documental y por interrogatorio, por el cierre de la actividad empresarial, y que ha de ser analizado, junto a los restantes hechos, a la hora de examinar la existencia de sucesión de empresas según los requisitos del artículo 44 del Estatuto los Trabajadores .

En segundo lugar, propone una variante de redacción del hecho probado cuarto, con el siguiente texto, "*El día 13/5/13 Don Aureliano y su mujer Dña. Alicia , -que formaban la sociedad comanditaria "Vicju, S.C.", y que venían explotando personalmente la actividad del bar desde 2007 en la Plaza de la Explanada de Es*



Castell, en bar "B.B. Tres" f.195 -suscribieron con los dueños del local que ocupaba "La Tropical", un contrato de arrendamiento, distinguiéndose en el mismo, si bien en contrato único, dos rentas diferentes y dos plazos diferentes de vencimiento (fs. 62 y ss. que se da por reproducido), cuyo objeto de arrendamiento era la superficie situada dentro de las paredes de los departamentos, f.64.", que no es dable aceptar, sin que sea identificado documento concreto que sirva para sustentar la modificación, pues, en efecto, la sentencia ya recoge esos documentos tenidos en cuenta por el recurrente, que atañe al nuevo arrendamiento, con la fecha que asimismo consigna, permaneciendo cerrado con anterioridad, sin que quepa la modificación del dato cronológico del conocimiento de los nuevos arrendatarios de la posibilidad de explotar el negocio, pues no existe prueba documental en esta dirección, por lo que consta como no controvertido que desde octubre de 2012 a mayo de 2013 la actividad empresarial no fue llevada a efecto, siendo posteriormente cuando queda probado el traslado de los nuevos arrendatarios al local donde prestaban servicio los demandantes antes de su cierre, sin que haya sido probado un conocimiento previo por parte de los nuevos arrendatarios, ni la sentencia consigne dato fáctico que conduzca a entender una posible defraudación.

En tercer lugar, el recurso interesa la revisión del hecho probado quinto, "Procediéndose desde la fecha del contrato por el matrimonio referido a cambiar el rótulo comercial sustituyendo "La Tropical" por el de "Dit i Fet", f.198, contratando la instalación en depósito de medios de frío de la marca Frigo (f.177-180), dispensador de cerveza marca Mahon (f.201), dispensador de cerveza marca Mahon(f.201)y una máquina de café(f.202-204), y aportando también por nueva compra utensilios y menaje propios de la actividad, fs. 157 a 199, elaborando desde su reapertura el 30/5/13 sus particulares productos culinarios y contratando a dos trabajadores, ninguno de los cuales es demandante.", aceptando de este modo el recurrente en parte el hecho de la sentencia que contiene la nueva puesta en funcionamiento del local, sin que quepa la modificación puesto que la sentencia consigna los documentos de adquisición de mobiliario y utensilios, como son las cámaras y armarios frigoríficos, nuevo dispensador de cervezas, horno, máquinas de café, tragaperras y de tabaco, y menaje, incorporando aquellos muebles con los que contaba en el anterior local que dejaron de explotar, contratando dos nuevos trabajadores, sustituyendo el rótulo comercial y diseñando una nueva carta.

Segundo. En segundo lugar, al amparo del artículo 193, apartado C, de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, es solicitada la revisión del derecho aplicado en la sentencia recurrida, alegando la infracción del artículo 44 del Estatuto los Trabajadores, señalando que tras la jubilación del anterior empresario, y cesados los trabajadores al no continuar la actividad empresarial, sí ha existido transmisión de infraestructura empresarial y elementos necesarios para la explotación del negocio, tratando de trasladar la prueba de la falta de transmisión de negocio a las empresas codemandadas.

El recurso no puede ser estimado. La sentencia no incurre en infracción jurídica que conduzca a que sea dejada sin efecto. De las interpretaciones posibles en función del material fáctico consignado en la sentencia, en la sentencia opta por entender que no ha existido sucesión empresarial en virtud del artículo 44 ET ni defraudación de la comprensible expectativa de los trabajadores demandantes de continuar su actividad profesional en el local, sin que exista motivo, -con un sustrato fáctico previo-, para que esta decisión judicial de instancia deba modificarse. Sentencia que está basada en la cesación de actividad empresarial como consecuencia de la jubilación del anterior empresario, situación de hecho inicial que no ha sido combatida, y que marca una determinada indemnización legal tasada en una mensualidad inevitablemente. En efecto, permanece probado no sólo el cese de la actividad de la empresa como consecuencia de la jubilación, sino además, tanto la retirada de las instalaciones y objetos mobiliarios, como la puesta en funcionamiento de una nueva explotación, sin que sea suficiente que tenga lugar en el mismo lugar la misma actividad empresarial, pues es un derecho del propietario proceder al alquiler del local, una vez accede a la situación de jubilación. La sentencia recurrida, después de examinar el periodo transcurrido desde el cierre a la nueva apertura, así como del cambio efectuado, descarta que exista una sucesión de una entidad económica estructurada por un conjunto de medios organizados, no detectando su producción en función de los elementos objetivos, y mediante este recurso no resulta factible su modificación. De hecho, es razonado por la sentencia que como diligencia final fue practicada la comprobación de si el establecimiento era de temporada, descartándose, por lo que apreció no una mera suspensión de actividad sino un cese por jubilación, y un alquiler de local de negocio posterior, vacío de contenido necesario, aspectos que no cabe modificar bajo la sola exposición de apreciaciones subjetivas realizadas por la parte recurrente, pues no son suficientes para estimar el recurso presentado, lo que comporta la confirmación de la sentencia.

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS



SE DESESTIMA el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación de Doña Valle , Don Luis Enrique , Doña Santiago , y Don Pedro Jesús , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N°. 1 de Ciutadella de Menorca, de fecha 15 de septiembre de 2014 , en los autos de juicio n°. 338/2013 acumulado al 339/2013, 340/2013 y 341/2013 seguidos en virtud de demanda formulada por los recurrentes frente a Don Amador (Cafetería Restaurante La Tropical) y Vicju, S.C. (Aureliano y Alicia - Cafetería Restaurante Dit i Fet) y, en su virtud, **SE CONFIRMA** la sentencia recurrida.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA** ante la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por abogado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes al de su notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos **218 y 220** y cuya forma y contenido deberá adecuarse a los requisitos determinados en el artº. **221** y con las prevenciones determinadas en los artículos **229 y 230** de la **Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social** .

Además si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en el **Santander** (antes Banco Español de Crédito, S.A. (BANESTO), Sucursal de Palma de Mallorca, cuenta número 0446-0000-65-0453-14 a nombre de esta Sala el importe de la condena o bien aval bancario indefinido pagadero al primer requerimiento, en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al número de cuenta de **Santander (antes Banesto: 0049-3569-92-0005001274, IBAN ES55)** y en el campo "Beneficiario" introducir los dígitos de la cuenta expediente referida en el párrafo precedente, haciendo constar el órgano "Sala de lo Social TSJ Baleares".

Conforme determina el artículo 229 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social , el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregando en esta Secretaría al tiempo de preparar el recurso la consignación de **un depósito de 600 euros** , que deberá ingresar en la entidad bancaria **Santander** (antes Banco Español de Crédito, S.A. (BANESTO), sucursal de la calle Jaime III de Palma de Mallorca, cuenta número 0446-0000-66-0453-14.

Conforme determina el artículo 229 de la LRJS , están exentos de constituir estos depósitos los trabajadores, causahabientes suyos o beneficiarios del régimen público de la Seguridad social, e igualmente el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

En materia de Seguridad Social y conforme determina el artículo 230 LRJS se aplicarán las siguientes reglas:

a) Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, para que pueda recurrir el condenado al pago de dicha prestación será necesario que haya ingresado en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, con objeto de abonarla a los beneficiarios durante la sustanciación del recurso, presentando el oportuno resguardo. El mismo ingreso de deberá efectuar el declarado responsable del recargo por falta de medidas de seguridad, en cuanto al porcentaje que haya sido reconocido por primera vez en vía judicial y respecto de las pensiones causadas hasta ese momento, previa fijación por la Tesorería General de la Seguridad social del capital costa o importe del recargo correspondiente.

c) Si en la sentencia se condenara a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, ésta quedará exenta del ingreso si bien deberá presentar certificación acreditativa del pago de la prestación conforme determina el precepto.

d) Cuando la condena se refiera a mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, el condenado o declarado responsable vendrá obligado a efectuar la consignación o aseguramiento de la condena en la forma establecida en el artículo 230.1.



Conforme determina el art. 230.3 LRJS los anteriores requisitos de consignación y aseguramiento de la condena deben justificarse, junto con la constituir del depósito necesario para recurrir en su caso, en el momento de la preparación del recurso de casación o hasta la expiración de dicho plazo, aportando el oportuno justificante. Todo ello bajo apercibimiento que, de no verificarlo, podrá tenerse por no preparado dicho recurso de casación.

Guárdese el original de esta sentencia en el libro correspondiente y líbrese testimonio para su unión al Rollo de Sala, y firme que sea, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia junto con certificación de la presente sentencia y archívense las presentes actuaciones.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de la fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado - Ponente que la suscribe, estando celebrando audiencia pública y es notificada a las partes, quedando su original en el Libro de Sentencias y copia testimoniada en el Rollo.- Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOT