



Roj: **STSJ AND 1248/2015 - ECLI:ES:TSJAND:2015:1248**

Id Cendoj: **29067340012015100417**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **19/03/2015**

Nº de Recurso: **200/2015**

Nº de Resolución: **448/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RAMON GOMEZ RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA

Avda. Manuel Agustín Heredia nº 16

N.I.G.: 2906744S20140001627

Negociado: **PC**

Recurso: Recursos de Suplicación 200/2015

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº11 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 144/2014

Recurrente: Jose Ángel y Adrian

Representante: AITOR GARCIA RODRIGUEZ

Recurrido: TAHINI MARBELLA SUSHI BAR & RESTAURANT SL (GRUPO CAPPUCCINO) y INVERSIONES Y EXPLOTACIONES TURISTICAS SA (INEXTUR)

Representante: JOAN BOADES FELIU y VICTOR JESUS RAMOS MUÑOZ DE TORO

Sentencia Nº 448/2015

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. RAMON GOMEZ RUIZ,

ILTMO. SR. D. RAUL PAEZ ESCAMEZ

En la ciudad de Málaga a diecinueve de marzo de dos mil quince

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN MÁLAGA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el Recursos de Suplicación interpuesto por Jose Ángel y Adrian contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº11 DE MALAGA, ha sido ponente el **Ilmo./Iltma Sr. /Sra D./ RAMON GOMEZ RUIZ.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Jose Ángel y Adrian sobre Despidos / Ceses en general siendo demandado TAHINI MARBELLA SUSHI BAR & RESTAURANT SL (GRUPO CAPPUCCINO) y



INVERSIONES Y EXPLOTACIONES TURISTICAS SA (INEXTUR) habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 29/07/2014 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

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

1º Los demandantes, D. Adrian , y D. Jose Ángel , prestaban servicios para la demandada Quimeras Gastronómicas S.L., con la siguiente antigüedad, categoría, jornada y salario:

D. Adrian , desde 17/01/2005, con categoría profesional de jefe de cocina, en jornada completa de 40 h. y percibiendo un salario mensual bruto de 2.985,61€.

D. Jose Ángel , desde 20/05/2006, con categoría jefe de cocina, en jornada completa de 40 h. y percibiendo un salario mensual bruto de 1.661,45€.

2º El centro de trabajo de los actores, radicaba en el restaurante Calima, en las instalaciones del Hotel Gran Meliá Don Pepe de Marbella, gestionado por la empleadora Quimeras Gastronómicas, en virtud de contrato de arrendamiento de industria suscrito con Inextur.

3º La empleadora Quimeras Gastronómicas S.L. sucedió en el contrato de Industria, como sucesora universal a la empresa Calimarest en el año 2011. f.78 y 79-103 y 104.

4º Se dan por reproducidos los informes de vida laboral de los actores que constan en autos, en los que constan las altas iniciales por la empresa Meliá Hotels Internacional S.L., coincidiendo la fecha de dicha alta con las expresadas como antigüedad en las respectivas nóminas aportadas.

5º El 15 de enero de 2013 habrían suscrito un acuerdo con la representación de QUIMERAS GASTRONÓMICAS S.L., por la que entre el 1 de febrero de 2013 y hasta el 31 de diciembre de 2013, por la mala situación de la empresa aceptaban una reducción salarial. (f. 125 por reproducido).

6º Los actores fueron objeto de comunicación escrita por la empresa Quimeras Gastronómicas S.L. con fecha 30 de septiembre de 2013 del siguiente tenor:

Por medio de la presente la Dirección de la Empresa les comunica que a partir del día de hoy, la actividad del restaurante CALIMA radicado en Marbella en Avenida José Meliá, s/n. 29602 (Gran Hotel Meliá Don Pepe) en la que vienen prestando servicios quedará interrumpida como consecuencia de la próxima finalización del período de vigencia del contrato de arrendamiento de industria signado con fecha 8 de abril de 2011 (modificado el 1 de julio de 2013) por nuestra compañía con la mercantil Inversiones y Explotaciones Turísticas S.A. (INEXTUR).

En este sentido y hasta que se produzca de forma definitiva la reversión del establecimiento junto a las pertenencias, instalaciones e inmobiliario que permitan la continuación de aquella industria por la mercantil INEXTUR es por lo que, y con respecto a sus contratos de trabajo, conlleva la necesidad de concederles desde el día de la presente permiso retribuido de carácter indefinido, ante la imposibilidad de darles ocupación efectiva hasta la reversión definitiva de industria a la propiedad.

Sin perjuicio de ello, y como perfectamente conocen su prestación de servicios para nuestra compañía se inició con fecha 12 de abril de 2011, como consecuencia de la sucesión en la actividad iniciada en su momento en aquellas instalaciones por parte de la mercantil CALIMAREST y en ello en estricta aplicación de las previsiones establecidas en el art. 44 del Real Decreto Legislativo 1795 de 24 de marzo (en adelante ET).

Es por ello por lo cual les informamos de que una vez se proceda a la restitución a la mercantil INEXTUR del local junto a las pertenencias, instalaciones e inmobiliario arrendados a nuestra entidad para el desarrollo de la actividad de hostelería, cesará su actividad para nuestra compañía debiendo incorporarse de conformidad con el meritado art. 44 del ET en la mercantil INEXTUR en su condición de propietaria de la industria revertida quien quedará subrogada en la totalidad de los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social procedentes de su relación laboral, circunstancia este que ponemos en su conocimiento en su tiempo y forma.

7º Con fecha 31 de diciembre de 2013, la empresa Quimeras Gastronómicas S.L. comunicó por escrito a los actores según lo siguiente:

Conforme le informábamos mediante comunicación del pasado 30 de septiembre de 2013 y una vez que se produjera la restitución definitiva de industria a la mercantil inversiones y explotaciones Turísticas S.A. (INEXTUR), arrendadora del local junto a las pertenencias, instalaciones e inmobiliario arrendados a nuestra entidad para el desarrollo de la actividad de hostelería (Restaurante CALIMA) cesaría su relación laboral con Quimeras Gastronómicas S.L.

En este sentido y habiéndose procedido a la reversión de industria a la propiedad en el día de hoy (31 de diciembre de 2013) como consecuencia de la extinción del contrato de arrendamiento suscrito entre INEXTUR y Quimeras Gastronómicas S.L., es por lo que con dicha fecha (31/12/2013) cesará la relación laboral mantenida con nuestra



Compañía, debiendo incorporarse a partir del día hábil siguiente (2/01/2014) en la mercantil INEXTUR quien en su condición de propietaria de la industria revertida quedará subrogada en la totalidad de los derechos y obligaciones laborales y de la Seguridad Social procedentes de su relación laboral.

Lo anterior se pone en su conocimiento a los efectos previstos en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores .

8º Constan certificados de empresa de QUIMERAS GASTRONÓMICAS S.L. expresivo de despido como causa de la extinción de la relación laboral que le vinculaba con los actores y con fecha 31/12/13.

9º En esa fecha 31/12/2013 los actores causaron baja en la Seguridad Social por la empresa QUIMERAS GASTRONÓMICAS S.L.

10º Los actores enviaron comunicación vía burofax fechada el 14 de enero de 2014, y entregada el 16 de enero de 2014, y dirigida a la representación de la empresa INEXTUR en la persona de D. Maximino y RRHH de Gran Meliá Don Pepe en la persona de Dña. Concepción , del siguiente tenor:

Muy Srs. Míos:

Como UDS. perfectamente conocen, pues así se ha puesto de manifiesto mediante entrega de la correspondiente copia de la comunicación al responsable de recursos humanos del establecimiento hotelero, el pasado 31 de diciembre de 2013 se nos informaba por parte de los responsables de la mercantil Quimeras Gastronómicas S.L., de la reversión en esa misma fecha de la industria objeto de arrendamiento radicada en el Hotel Gran Meliá Don Pepe a la propiedad (INEXTUR S.A.) en la que he venido prestando servicios como Jefe de Cocina, y consecuentemente, del cese de nuestra actividad en las meritadas instalaciones (Restaurante CALIMA).

De igual forma en la indicada comunicación y en atención a los acuerdos existentes entre las meritadas sociedades y fundamentalmente por mor de la estricta aplicación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores , se nos conminaba por los responsables de aquella sociedad a nuestra inmediata incorporación en la mercantil INEXTUR, quien en su condición de propietaria de la industria revertida quedaría subrogada en la totalidad de los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social procedentes de mi relación laboral.

A la vista de lo anterior y a los efectos de garantizar mis legítimos derechos, el pasado 3 de enero de 2014 procedí a personarme en las instalaciones del Hotel Gran Meliá Don Pepe interesando, conforme a lo previsto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores , mi integración en la mercantil propietaria de la industria revertida así como la asignación de ocupación efectiva en los mismos términos y condiciones, que venía desempeñando con anterioridad a la finalización de aquella relación arrendaticia, indicándose por parte de la Sra. Concepción , que esto se llevaría a efecto una vez se recibiera instrucciones de los responsables de la entidad INEXTUR.

Transcurrido plazo razonable y no habiendo tenido noticia alguna por su parte, en la mañana de hoy (14/01/2014) he procedido nuevamente a personarme en las instalaciones en las que venía prestando mi actividad laboral (Hotel Meliá Don Pepe), si bien no he recibido respuesta al no haber sido siquiera recibido por parte de responsable y/o representante alguno.

En este sentido y en atención a lo expuesto, es por lo que les requiero en aplicación de lo dispuesto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores a que en el término improrrogable de 48 horas y en su condición de empleadora procedan a mi reintegración inmediata con efectos de 1-01-2014 así como a la asignación de ocupación efectiva en los mismos términos y condiciones que hasta dicha fecha venía desempeñando, todo ello sin perjuicio de hacer expresa reserva de las acciones que en derecho pudieran corresponderme.

(f.128 y 129 por reproducidos).

11º En la información referida al Hotel Meliá Don Pepe en la web se obtienen datos tales como: *la sustitución del restaurante Calima por la nueva apertura de Tahini Restaurant & Sushi Bar en la temporada de Verano 2014, elegante y lujoso Restaurante que ofrece la mejor cocina japonesa de Marbella con una materia prima de altísima calidad.* (f.141).

Aviso de renovación. Hasta el 30 de abril de 2014. Restaurante Calima está bajo renovación y está cerrado, una vez abierto se convertirá en el restaurante de Tahini y Sushi Bar. (f.143).

12º El grupo Cappuccino al que pertenecería la empresa Tahini Sushi Barpublicita en sus folletos la próxima apertura en Marbella en Marzo de 2014 en la dirección del local sito en el Hotel Melia Don Pepe de Marbella. (f.145 y 147).

13º Los demandantes no ostentaban en la fecha de la reclamación ni durante el año anterior al mismo, cargo alguno de representación sindical o legal de los trabajadores.

14º Los demandantes presentaron papeleta de conciliación ante el CMAC el 22/01/2014, intentándose dichos actos con resultado sin efecto el 5/02/2014.



15º La demanda se presentó ante el Juzgado Decano el 7/02/2014.

16º No constan en autos deudas salariales ni de Seguridad Social contraídas por Quimeras Gastronómicas respecto de los trabajadores demandantes.

17º No consta en autos, el documento relativo al contrato de arrendamiento que hubiese concertado Tahini Marbella Sushi Bar & Resaturant S.L. con INEXTUR, para la explotación de las instalaciones del Hotel Meliá Don Pepe que ocupaba el restaurante Calima. No queda probada la existencia de los elementos concretos que comprende el contrato.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandante, recurso que formalizó siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO : La demandante ejerció acción de despido en la demanda originadora del presente proceso, no alcanzando éxito en la instancia pues la sentencia recaída desestima la demanda interpuesta contra la empresa demandada Tahini Sushi Bar&Restaurant S.L., teniendo por desistidos a los actores de las empresas codemandadas, alzándose en esta vía la parte actora.

SEGUNDO : Frente a la sentencia que desestimó la demanda interpuesta en reclamación por despido, formula la parte actora Recurso de Suplicación, articulando un motivo dirigido a la revisión de los hechos declarados probados al amparo del art. 193.b de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social , y otro motivo encaminado al examen del derecho aplicado en la misma por el cauce procesal del art. 193.c de la Ley adjetiva laboral al entender que infringe los arts 44.1 y 2 del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en relación con los arts. 1.2 , y 56.1 y 2 del mismo Texto legal , y doctrina judicial que cita, realizando diversas alegaciones y solicitando la estimación íntegra de la demanda y la declaración de la improcedencia del despido al haber existido sucesión de empresas por la empresa demandada Tahini Sushi Bar&Restaurant S.L. con la condena de la misma a las consecuencias del mismo.

TERCERO : En el primer motivo que interesa la revisión fáctica pretende la parte recurrente:

1.- la adición de un nuevo hecho probado nº 6.bis con una redacción que propone que se da por reproducida de manera que recoja que "Con fecha 31 de diciembre de 2013 se eleva acta notarial por el Administrador Único de la mercantil QUIMERAS GASTRONÓMICAS S.L. en la que entre otros particulares expone: SEGUNDO.- Que tal y como le consta a los representantes de INEXTUR, en fecha 30 de septiembre de 2013, QUIMERAS finalizó el desarrollo efectivo y explotación de la industria objeto de arrendamiento, momento este en el que los representantes de INEXTUR efectuaron la correspondiente revisión de las instalaciones, contando la arrendadora desde tal fecha de acceso permanente al local así como a sus instalaciones (llaves del local).

A tenor de la especial tipología de actividad desarrollada y como consecuencia de las mejoras realizadas, bienes consumibles relacionados con la actividad propiedad de la arrendataria y elementos inventariados, INEXTUR y QUIMERAS han mantenido diversas conversaciones destinadas a la efectiva y definitiva reversión de la industria objeto de arrendamiento sin que hasta la fecha, y a pesar de los requerimientos efectuados por los representantes de QUIMERAS en tal sentido, se haya llevado a término.

TERCERO.- Que, por tal motivo y ante la oposición de INEXTUR a que se produzca la efectiva reversión de la industria, con los efectos que ello conlleva, por el requirente me hace entrega a mí, el notario, de las llaves del local en que se ubica el restaurante que fuera denominado "CALIMA" (ubicado en el "Hotel Meliá Don Pepe", con objeto de hacérselas llegar a los representantes de INEXTUR". y en base a la documental obrante a los folios nº 177 y 178.

2.- la supresión del ordinal nº 17 de los hechos probados, por su carácter predeterminante del fallo, realizando diversas alegaciones en ese sentido.

Es doctrina jurisprudencial consolidada la de que es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral en instancia única y al no existir en el proceso laboral Recurso de apelación, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social , de manera tal que en el Recurso de suplicación, dado su carácter extraordinario, el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, sino realizar un control de la legalidad de la sentencia recurrida en la medida que le sea pedido y sólo de excepcional manera puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas, facultad reservada para cuando los documentos o pericias citados por



el recurrente con arreglo al artículo 193.b) de la Ley Procesal Laboral pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en que el Juzgador a quo hubiera podido incurrir, y que para que prospere la revisión de hechos probados solicitada al amparo del artículo 193 b) de la Ley de Procedimiento Laboral deben concurrir los siguientes requisitos: 1) Que se señale con precisión cuál sea el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considere equivocado, contrario a lo acreditado o que conste con evidencia y no se haya incorporado al relato fáctico; 2) Que se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración fáctica tildada de errónea, bien sustituyendo a algunos de sus puntos, bien complementándolos; 3) Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; 4) Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables; 5) Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría.

Y la revisión pretendida no cumple los expresados requisitos pues no llega a cumplir el de evidenciar por documental invocada de forma directa el error del juzgador con trascendencia a los fines del fallo como se verá, por lo que no puede ser acogida al prevalecer con arreglo a reiterada doctrina legal, la valoración de la prueba practicada realizada por la juez a quo, a cuyo libre y ponderado criterio corresponde como dispone el art. 97.2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, pues dicha valoración, efectuada en uso de la facultad que le viene atribuida legalmente, debe ser respetada y mantenida, siempre y cuando no se demuestre el error padecido por el juzgador, no pudiéndose suplantar la apreciación valorativa de este último por la subjetiva del impugnante.

Ello es así, pues no existe documento que evidencie el error del juzgador de manera clara y directa y patente y sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables como las que realiza la parte recurrente, siendo así además que en todos los casos los documentos invocados fueron tenidos en cuenta y valorados por el magistrado de instancia que llegó a la conclusión fáctica que ahora se impugna, como fruto de la valoración de la prueba practicada en uso de la facultad concedida en base al principio de inmediación sin que el recurrente logre demostrar por prueba hábil el error del juzgador pues no se supera con dicho documento de forma diáfana la valoración conjunta de las pruebas practicadas realizada por el juzgador "a quo", sin que por otro lado tenga trascendencia para alterar el signo del fallo la adición del nuevo hecho probado nº 6.bis de la que no cabe concluir la concurrencia de los requisitos de la sucesión de empresas, y por otro lado el ordinal nº 17 de los hechos probados carece del carácter predeterminante del fallo denunciado y sólo revela la conclusión de la magistrada de instancia de la ausencia en la prueba practicada del contrato de arrendamiento que hubiese concertado Tahini Marbella Sushi Bar & Resaturant S.L. con INEXTUR y de la existencia de los elementos concretos que comprende, por lo que procede desestimar este motivo del recurso.

CUARTO : Y la censura jurídica contenida en la pretensión deducida por la parte actora recurrente no debe alcanzar éxito.

El art. 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que se invoca como infringido dispone, al regular la sucesión de empresas, que " 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* ".

Es reiterada la doctrina judicial sobre ese precepto que tiene como finalidad proteger los derechos de los trabajadores ante el cambio de titularidad de la empresa en la que presta sus servicios, exigiendo la Jurisprudencia, como declara esta Sala entre otras en Sentencias recaídas en Recurso de Suplicación nº 1.152/02, 1038/05 y 1600/10, para que se produzca la sucesión de empresas la concurrencia de dos requisitos: A) Un requisito subjetivo, es decir, el cambio de titularidad del negocio o centro de trabajo, mediante la transferencia directa o el tracto sucesivo de un empresario a otro a través de actos Inter vivos " o " mortis causa", transmisión que puede realizarse tanto de forma directa o indirecta, y B) Un requisito objetivo consistente en la entrega total de un conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permitan la continuidad de la actividad empresarial, es decir, la permanencia de la empresa como una unidad



en sus factores técnicos, organizativos y patrimoniales, siendo necesario que estos factores tengan una capacidad productiva, es decir, que constituyan una Infraestructura u organización empresarial básica para la explotación".

En este sentido la sentencia de la Sala recaída en Recurso de Suplicación nº 165/14 , razona sobre la sucesión de empresas, que "Llegados este punto, es necesario traer aquí a colación los siguientes criterios y pautas sentados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con la materia que tratamos:

A) " *La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada* ", debiéndose tener en cuenta que " *el concepto de entidad hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio* " (sentencia 11 de marzo de 1997 , Súzen, fundamento 13; sentencia de 10 de diciembre de 1998 , Hernández Vidal, fundamento 26; sentencia de 10 de diciembre de 1998 , Sánchez Hidalgo, fundamento 25; sentencia de 2 de diciembre de 1999 , Allen, fundamento 24; sentencia de 25 de enero del 2001 , Liikenne, fundamento 31; sentencia de 24 de enero del 2002 , Temco, fundamento 23; y sentencia de 2º de noviembre del 2003, CarlitoAbler, fundamento 30).

B) " *Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los 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* " (sentencia Súzen fundamento 14, sentencia Hernández Vidal fundamento 29, sentencia Sánchez Hidalgo fundamento 29, sentencia Allen fundamento 26, sentencia Didier Mayeur fundamento 52, sentencia Liikenne fundamento 33, sentencia Temco fundamento 24, y sentencia CarlitoAbler fundamento 33).

C) " *La mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica. En efecto, una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa* " (sentencia Súzen fundamento 15, sentencia Hernández Vidal fundamento 30, sentencia Sánchez Hidalgo fundamento 30, sentencia Allen fundamento 27, sentencia Didier Mayeur fundamento 49, y sentencia Liikenne fundamento 34)".

Igualmente la sentencia de la Sala recaída en Recurso de Suplicación nº 1.808/2014 declara que "Ante ello, la doctrina general sobre la subrogación en las relaciones de trabajo establecida en el artículo 44 ET , tras la recepción de esa normativa y jurisprudencia europeas, se puede resumir distinguiendo de un lado los puntos que se refieren al hecho o acto de la transmisión de empresa y de otro lado los relativos al objeto de dicha transmisión.

En cuanto al objeto de la transmisión:

1) El objeto de la transmisión ha de ser *un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio* .

2) Dicho objeto *no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial reduciéndose en determinados sectores económicos como los de limpieza y vigilancia a su mínima expresión* , en tanto en cuanto " *la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra* .

3) De lo anterior se desprende que *un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica [objeto de la transmisión determinante de la sucesión de empresa] cuando no existen otros factores de producción* .

4) Por el contrario, no se considera que hay sucesión de empresa *si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior* .

5) El mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida *continúe efectivamente* o que luego " *se reanude* " .

En cuanto a los hechos o actos de transmisión:

6) La expresión del artículo 44 .1 del ET *transmisión de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva* es equivalente a la expresión del artículo 1 a) de la Directiva comunitaria vigente *traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad* .



- 7) El acto o hecho de *transmisión de un conjunto de medios organizados* no requiere necesariamente que haya transmisión de elementos patrimoniales del cedente al cesionario.
- 8) Tampoco es imprescindible que exista en la transmisión de empresas o unidades productivas una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario, vinculación o tracto directo que tiene un mero valor indiciario de la existencia de sucesión de empresa.
- 9) Puede producirse, por tanto, la cesión o transmisión de empresas o unidades productivas a través o por mediación de un tercero propietario, arrendador, o dueño de la obra.

Así mismo, otros dos puntos doctrinales de carácter general de carácter general serían los siguientes:

- 10) Para determinar en un supuesto concreto si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una empresa o unidad productiva *han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate*, entre ellos *el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como edificios o 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, el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades*.
- 11) La obligación de subrogación en las relaciones de trabajo (*sucesión de empresa*) generada en los supuestos normativos reseñados de la normativa comunitaria y del artículo 44 ET opera por imperativo de la ley (ope legis), sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes del contrato de trabajo (sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2013 [ROJ: STS 1804/2013] y 23 de septiembre de 2014 [ROJ: STS 4888/2014], entre otras)".

Y, para caso de reversión del servicio contratado por Ayuntamiento, con aplicación al caso que se examina, la Sentencia STS de 19 junio 2002 en RCU n.º 4225/2000, declara que "Viniendo al caso concreto de los autos es de considerar que la Sala interpretando el art. 44 del ET, y disposiciones concordantes de la Directiva Comunitaria 77/1987 de 14 Feb. viene declarando que el supuesto de hecho de la sucesión de empresas está integrado por dos requisitos esenciales y constitutivos, el primero de ellos referente al cambio de titularidad de la empresa o de un elemento significativo de la misma que al decir del art. 44 sea un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma, este cambio de titularidad puede producirse en razón de un acto «intervivos» de cesión o transmisión entre el empresario anterior (cedente) y el empresario nuevo (cesionario) o en virtud de una transmisión *mortis causa* de la empresa o de una parte significativa de la misma (art. 44 y 49.1 g) del ET). El segundo requisito esencial es que los elementos cedidos patrimoniales, constituyan una unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada, así pues no basta la simple transmisión de bienes, sino que éstos han de constituir un soporte económico suficiente para que continúe activa la acción empresarial precedente. Teniendo presentes estos dos requisitos es claro que en el caso enjuiciado si en cierto sentido puede aceptarse un cambio de titularidad en la actividad, se carece sustancialmente de segundo elemento necesario en la sucesión de empresas, pues la actividad actual se desarrolla, en un local propiedad del Ayuntamiento que había sido cedido por éste a D. Segundo, se lleva a cabo sobre expedientes y documentos del propio Ayuntamiento y sólo permanecen como bienes que tuvieron relación con la anterior empresa los muebles y los equipos informáticos pero estos bienes ni constituyen «un soporte económico suficiente para que continúe la acción empresarial precedente, ni son propiamente transmitidos por la empresa anterior al Ayuntamiento", y por ello concluye que "es pues claro que no hay transmisión patrimonial de la anterior empresa al Ayuntamiento, y en consecuencia, se carece de un elemento esencial de la sucesión de empresas que postula el recurso".

QUINTO: Y la censura jurídica contenida en la pretensión deducida por la parte recurrente no debe alcanzar éxito.

Por la magistrada de instancia se razona de forma acertada en los Fundamentos de derecho de la sentencia recurrida que "resulta que desde el 11 de abril 2011 hasta 30 de septiembre 2013, el restaurante Calima sito en las instalaciones Hotel Meliá Don Pepe, fue explotado por Quimeras Gastronómicas S.L. Los actores dejan de prestar servicios efectivos en septiembre de 2013, estando de permiso retribuido mientras se producía según la empleadora la reversión total por finalización del contrato de la industria arrendada. Esto se produciría según fija la empresa Quimera Gastronómicas en la carta que entrega a los actores, en diciembre de 2013. Desde diciembre de 2013 hasta al menos marzo de 2014, tiempo en que publicita la apertura el Grupo Cappuccino -TAHINI-, el restaurante seguiría cerrado y por tanto sin actividad. Después de estos seis meses de cierre, se desconocen los términos del contrato por el cual pasa a regentar la actividad de restauración la demandada TAHINI. Para apreciar la sucesión empresarial, habría de determinarse que las instalaciones del restaurante en su conjunto, no únicamente el local, sino los elementos patrimoniales de la explotación que funcionaban antes son en esencia los mismos y estaban en situación de ser objeto de explotación directa desde diciembre de



2013, primero por Inextur y seguidamente por TAHINI. La parte actora no ha acreditado estos extremos (217 Lec), siendo que consta en autos la existencia de un período de renovación de las instalaciones, y de un cese en la actividad restauración en el local entre septiembre de 2013 a marzo-abril de 2014, no acreditándose el requisito del tracto sucesivo, ni de la concurrencia de los indicios que como excepciones que a tal requisito permite la jurisprudencia. De otro no consta, -no se aportan vida laboral de la saliente y la entrante- trasvase de plantilla o de parte significativa de la misma, sólo se invoca la necesaria subrogación de los dos demandantes. Se desconoce porque no se ha practicado prueba hábil, el estado del local, y las instalaciones que transmiten con el mismo, en situación de ser explotadas con los elementos esenciales, y el alcance y naturaleza de las obras acometidas. El actor fundamenta la necesaria sucesión empresarial en los documentos de su ramo de prueba identificados con los números 21 a 25, folios de 131 a 147 de las actuaciones, y que se reflejan a los hechos probados 11º y 12º....En su conjunto por tanto, queda acreditado el cambio de titularidad, pero no queda acreditada la identidad de la empresa, de tal forma que la globalidad de elementos personales y materiales se mantenga tras la sucesión, ni el tracto sucesivo, habiendo permanecido las instalaciones cerradas desde septiembre 2013 hasta marzo 2014, dada la falta de continuidad en la actividad".

La Sala, examinando y analizando las alegaciones de ambas partes y las circunstancias fácticas concurrentes en el caso que se examina expuestas en los hechos probados y en los Fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, compartiendo los razonamientos de la sentencia recurrida, llega a la conclusión de que en el caso sometido al presente Recurso de Suplicación no queda acreditado que concurren los expresados requisitos exigidos, no bastando los datos fácticos existentes en los hechos probados ni siquiera los que se pretenden incorporar de los que no cabe concluir la existencia de una sucesión de empresas como pretende la parte recurrente, pues, como se declara en la sentencia de la Sala recaída en Recurso de Suplicación 1600/10 , es preciso que haya habido de una a otra una transmisión de los elementos productivos necesarios e integrantes de la empresa misma, de los elementos suficientes y precisos para la continuidad de la actividad empresarial, precisando de los necesarios elementos muebles e instalaciones para el desarrollo de la actividad empresarial, por lo que en el caso presente no se dan ni lo elementos subjetivos ni objetivos, con transferencia de estructura y organización empresarial, que son precisos para que estemos ante un fenómeno de subrogación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores , no bastando, salvo lo que indique la norma convencional de aplicación, la simple continuación de la actividad con los propios medios es decir entrando la nueva empresa con su propia estructura, medios y personal como realizó la empresa demandada Tahini Sushi Bar&Restaurant S.L., ni que se trate de la misma o similar actividad, y, no habiendo existido ni acreditado transmisión de la empresa con subrogación de derechos y obligaciones no puede afirmarse responsabilidad alguna para la empresa demandada Tahini Sushi Bar&Restaurant S.L. por el juego y aplicación del referido art. 44 que se invoca como infringido, siendo de aplicación al supuesto objeto del Recurso de Suplicación la afirmación contenida en la sentencia de la Sala recaída en Recurso de Suplicación nº 1808/2014 de que, como ocurre en el caso que se analiza ahora en el presente proceso, "Esta misma Sala ha tenido oportunidad de examinar un supuesto similar al presente, relativo también a un negocio de peluquería, radicado en un mismo local, en el que no se apreció la sucesión empresarial al *no constar haberse procedido a la transmisión de activos que constituyan por sí mismos un conjunto organizado susceptible de posibilitar la continuidad de la empresa* (sentencia de 21 de junio de 2012 [ROJ: STSJ AND 15288/2012])"

En consecuencia, y al haberlo entendido así el juzgador de instancia no vulneró dicho precepto, por lo que procede desestimar el recurso con confirmación de la sentencia.

SEXTO: Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por DON Adrian Y DON Jose Ángel contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº ONCE de Málaga de fecha 29/07/2014 recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por DON Adrian Y DON Jose Ángel contra INVERSIONES Y EXPLOTACIONES TURÍSTICAS S.A. y TAHINI MARBELLA SUSHI BAR RESTARANT S.L. sobre DESPIDO, y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida.

Notifíquese ésta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala IV del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose su original al correspondiente libro.

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