



Roj: **STSJ GAL 7651/2015 - ECLI:ES:TSJGAL:2015:7651**

Id Cendoj: **15030340012015105167**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **08/10/2015**

Nº de Recurso: **3019/2015**

Nº de Resolución: **5421/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JOSE ELIAS LOPEZ PAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X. DE GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15078 44 4 2014 0000762

402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0003019 /2015. BC

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000263 /2014

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Adrian

ABOGADO/A: ANGELES CANCELA REGUEIRO

RECURRIDO/S D/ña: FOGASA, CONCELLO DE SANTIAGO , CONSELLERIA DE POLITICA TERRITORIAL OBRAS PUBLICAS E VIVENDA , SOCIEDADE MUNICIPAL DE XESTION DO TRANSPORTE URBANO DE SANTIAGO SA , SANTIAGO DOS SL , ADMON CONCURSAL SANTIAGO DOS (Domingo)

ABOGADO/A: ABOGACÍA DEL ESTADO FOGASA, A CORUÑA, FRANCISCO JAVIER YAÑEZ VILAS , ABOGACÍA DE LA COMUNIDAD A CORUÑA , ALEJANDRO MARTINEZ LOPEZ , JOSE IGNACIO LORENZO RUBIN

PROCURADOR: MARIA NATIVIDAD ALFONSIN SOMOZA, MARIA MONTSERRAT LOPEZ RODRIGUEZ

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

ILMO. SR. D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ

ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

En A CORUÑA, a ocho de Octubre de dos mil quince.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL



ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0003019/2015, formalizado por la LETRADA D^a ANGELES CANCELA REGUEIRO, en nombre y representación de FOGASA, CONCELLO DE SANTIAGO, CONSELLERIA DE POLITICA TERRITORIAL OBRAS PUBLICAS E VIVENDA, SOCIEDADE MUNICIPAL DE XESTION DO TRANSPORTE URBANO DE SANTIAGO SA, SANTIAGO DOS SL, Adrian, ADMON CONCURSAL SANTIAGO DOS (Domingo), contra la sentencia número 578/2014 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento DESPIDO/ CESES EN GENERAL 0000263/2014, seguidos a instancia de Adrian frente a FOGASA, CONCELLO DE SANTIAGO, CONSELLERIA DE POLITICA TERRITORIAL OBRAS PUBLICAS E VIVENDA, SOCIEDADE MUNICIPAL DE XESTION DO TRANSPORTE URBANO DE SANTIAGO SA, SANTIAGO DOS SL, ADMON CONCURSAL SANTIAGO DOS (Domingo), siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Adrian presentó demanda contra FOGASA, CONCELLO DE SANTIAGO, CONSELLERIA DE POLITICA TERRITORIAL OBRAS PUBLICAS E VIVENDA, SOCIEDADE MUNICIPAL DE XESTION DO TRANSPORTE URBANO DE SANTIAGO SA, SANTIAGO DOS SL, ADMON CONCURSAL SANTIAGO DOS (Domingo), siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 578 /2014, de fecha dieciséis de Diciembre de dos mil catorce.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- El demandante D. Adrian, prestaba servicios en la empresa demandada desde el día 09/02/1994 con la categoría profesional de cocinero, y percibiendo un salario bruto mensual de 1.446,26 incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias (hecho no controvertido -doc. n° 1, 2 y 3 del ramo de prueba de la actora-). SEGUNDO.- El trabajador no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa ni representante sindical (hecho no controvertido). TERCERO.- La relación laboral entre las partes se regula por el Convenio Colectivo de Hostelería de la Provincia de A Coruña y el Acuerdo Marco Estatal de Hostelería (aportados como doc. n° 15 y 16 del ramo de prueba de la actora). CUARTO.- Por Resolución del Ministro de Obras Públicas de 1 de junio de 1971 se otorgo al Concello de Santiago de Compostela la concesión administrativa para la explotación de la Estación de Autobuses de Santiago de Compostela (doc. n° 1 de Tussa, cuyo contenido se da íntegramente por reproducido). QUINTO.- Consta en autos el pliego de condiciones (29/12/92) económico administrativas que regían el concurso para la adjudicación de la remodelación y explotación del servicio de cafetería y restaurante de la Estación de Autobuses de Santiago De Compostela, aprobado por el Concello de Santiago (doc. n° 5 del ramo de prueba de Tussa). SEXTO.- La Empresa Santiago Dos SL presento oferta ante la licitación del concurso de la remodelación y explotación del servicio de cafetería y restaurante de la Estación de Autobuses de Santiago De 9ompostela (doc. n° 6 del ramo de prueba de Tussa). SÉPTIMO.- Por Resolución del Concello de 24 de junio de 1993 se adjudico la explotación de los Servicios cafetería y restaurante de la Estación de Autobuses de Santiago De Compostela a la empresa Santiago Dos SL (doc. n° 7 del ramo de prueba de Tussa). OCTAVO.- El 2 de agosto de 1993 se firma entre el Concello de Santiago de Compostela y la entidad Santiago Dos SL, contrato para la explotación de los Servicios cafetería y restaurante de la Estación de Autobuses de Santiago De Compostela (doc. n° 8 del ramo de prueba de Tussa). En el contrato se fija objeto: La explotación de los servicios de cafetería y restaurante den la estación de autobuses, sita en la Avda. Rodríguez de Viguri de Santiago de Compostela. El adjudicatario tendrá que realizar a su cargo las obras de remodelación interior de la cafetería restaurante, incluidas las instalaciones eléctricas y de agua con los contadores correspondientes, a tal fin los licitadores acompañarán a su propuesta un proyecto básico de las reformas a realizar. Estas mejoras quedarán a beneficio del Ayuntamiento una vez finalizado el plazo de la concesión o cuando por cualquier otra circunstancia se resuelva el contrato. Los locales disponibles son los determinados en el proyecto de reparación y reforma de la estación de autobuses realizado por el Ayuntamiento. Y la duración del mismo: El contrato tendrá una duración de 15 años. Este periodo se computará a partir del mes en que se efectúe el primer ingreso del canon en conformidad con la cláusula anterior. Este contrato podrá prorrogarse por anualidades sucesivas hasta un máximo de 5 meses, siempre que una de las partes no lo denuncie con 6 meses de antelación al a expiración del mismo. En todo caso el adjudicatario deberá de dejar libre el local en la fecha de finalización del contrato, quedando a beneficio del Ayuntamiento todas las obras e instalaciones de mejora realizadas en el mismo, que deberán de estar en perfecto estado de funcionamiento. NOVENO.- La Sociedad Municipal de Xestión de Trasporte Urbano de Santiago (TUSSA) se constituyo el día 16/04/1999 (doc. n° 4 bis del ramo de prueba de Tussa), consta en sus estatutos en el art. 2 su objeto social, principalmente



la instrumentalización de las políticas de transporte público urbano de viajeros en Santiago de Compostela y la coordinación con otros sistemas de transporte que sirven a las necesidades de la ciudad. DÉCIMO.- Por Resolución de la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Vivienda, de fecha 8 de abril de 2005 se autorizó la cesión de la concesión de explotación del servicio público de la estación de autobuses de Santiago de Compostela a la empresa Sociedad Municipal de Xestión de Transporte Urbano de Santiago (TUSSA) en las mismas condiciones de su adjudicación ordinaria (doc. n° 2 de Tussa). DÉCIMO PRIMERO.- La cesión de la concesión de explotación del servicio público de la estación de autobuses de Santiago de Compostela a la empresa Sociedad Municipal de Xestión de Transporte Urbano de Santiago (TUSSA) se elevó a escritura pública en fecha 30 de junio de 2005 (doc. n° 5 del ramo de prueba de la Consellería, doc. n° 4 del ramo de prueba de Tussa y doc. n° 13 del ramo de prueba del actor). DÉCIMO SEGUNDO.- Por medio de escrito de fecha 14/4/2012, la entidad Santiago Dos SL, interesa al Concello la reducción del importe del canon, dejar de prestar el servicio de Restaurante y pasar a prestar dicho servicio en la cafetería, en la modalidad de buffet y platos combinados con el fin de mantener el equilibrio financiero de la explotación. El 14 de junio de 2012 amplían el escrito anterior y el Consejo de Administración de Tussa de fecha 24 de julio de 2012 adoptó el acuerdo consistente en la propuesta de reducción del canon a Santiago Dos SL (doc. n° 10 y 11 del ramo de prueba de Tussa). DÉCIMO TERCERO.- La empresa Tussa por medio de escrito de fecha 14 de mayo de 2013, remitido por burofax a la entidad Santiago Dos SL recibido por esta el 15 de mayo de 2013, le recuerda la deuda que mantiene con ellos en atención al incumplimiento del canon que tienen asignado (doc. n° 12 del ramo de prueba de Tussa). Reclamación a la que contestó la empresa Santiago Dos SL por medio de escrito de fecha 20 de mayo de 2013 (doc. n° 13 del ramo de prueba de Tussa). DÉCIMO CUARTO.- La empresa Tussa por medio de escrito de fecha 10/8/2013 comunica a la entidad Santiago Dos SL que el Consejo de Administración en sesión extraordinaria de 5 de julio de 2013 acordó prorrogar el contrato administrativo de remodelación y explotación del servicio de cafetería y restaurante de la Estación de Autobuses de Santiago De Compostela hasta la entrada de un nuevo adjudicatario, por un plazo máximo de 3 meses (doc. n° 9 del ramo de prueba de Tussa). DÉCIMO QUINTO.- Consta en autos informe técnico del estado de la cafetería y restaurante de la estación de autobuses de Santiago de Compostela elaborado el 31 de julio de 2013 efectuado por encargo de la gestora de la estación Tussa, como parte complementaria al encargo de redacción de pliegos para el concurso de adjudicación de la concesión de la cafetería de la estación de autobuses (doc. n° 14 del ramo de prueba de Tussa). DÉCIMO SEXTO.- En el DOG de fecha 25/09/2013, se publicó Resolución de fecha 18 de septiembre de 2013 del Consejo de Administración de la Sociedad Municipal de Xestión do Transporte Urbano de Santiago SA (TUSSA), por la que se anuncia la licitación por el procedimiento abierto de la contratación del servicio de cafetería y restaurante de la estación de Autobuses de Santiago de Compostela (doc. n° 4 del ramo de prueba de la actor, doc. n° 16 del ramo de prueba de Tussa). DÉCIMO SÉPTIMO.- Consta en autos el pliego de las cláusulas administrativas particulares para la contratación por el procedimiento abierto del servicio de cafetería y restaurante de la estación de Autobuses de Santiago de Compostela, por la Sociedad Municipal de Gestión do Transporte Urbano de Santiago SA (TUSSA) (doc. n° 5 del ramo de prueba del actor, doc. n° 2 del ramo de prueba de Santiago Dos SL y doc. n° 17 del ramo de prueba de Tussa). En el mismo y en el punto n° 21 relativo a las obligaciones e contratista figura: "O contratista debera subrogarse en todos os dereitos e obrigas dos contratos laborais dos traballadores relacionados no nexo III de prego de prescripcions técnicas". DÉCIMO OCTAVO.- Consta en autos el pliego de prescripciones técnicas para la contratación por el procedimiento abierto del servicio de cafetería y restaurante de la estación de Autobuses de Santiago de Compostela, (doc. n° 6 del ramo de prueba del actor, y doc. n° 18 del ramo de prueba de Tussa). En el mismo y en el punto n° 5 relativo a los medios personales para la prestación del servicio se señala que el cuadro mínimo de personal requerido para atender el servicio será el siguiente: - un encargado, un 2º encargado, un cocinero y tres camareros. Igualmente se indica "como anexo III deste prego, a título informativo, acompáñase a relación de personal que está a prestar actualmente el servicio, do que será obrigatoria subrogación por parte do adjudicatario, sendo responsabilidade exclusiva deste, non podendo esixirle o persoal responsabilidade ninguna a Tussa, directa, indirecta o subsidiariamente". DÉCIMO NOVENO.- La empresa Pontevedra Dos SL presentó oferta al anterior concurso para la contratación del servicio de cafetería y restaurante de la estación de autobuses de Santiago que consta como doc. n° 19 y 19 bis del ramo de prueba de Tussa, resultando adjudicataria del concurso (doc. n° 20 del ramo de prueba de Tussa). La empresa Pontevedra Dos SL, por medio de escrito de fecha 13 de diciembre de 2013 (doc. n° 22 del ramo de prueba de Tussa y doc. n° 7 del ramo de prueba del actor), retiró su oferta al servicio de cafetería y Restaurante de la Estación de Autobuses. La persona que firma el escrito de renuncia de la empresa Pontevedra Dos SL es el padre del administrador de Santiago Dos SL (interrogatorio de parte) VIGÉSIMO.- El Consejo de Administración de Tussa en sesión ordinaria que tuvo lugar el 15 de enero de 2014, declaró desierto el concurso aprobado en Consejo de Administración de fecha 18 de septiembre de 2013 al ser la empresa Pontevedra Dos SL la única que se presentó al procedimiento (doc. n° 23 del ramo de prueba de Tussa). VIGÉSIMO PRIMERO.- La empresa Tussa por medio de escrito de fecha 22 de enero de 2014 (doc. n° 24 del ramo de prueba de Tussa, doc. n° 6 del ramo de prueba de Santiago Dos SL y doc. n° 8 del ramo de prueba del actor) comunicó a la entidad Santiago Dos SL, que "...una vez finalizada la concesión administrativa para la



explotación del servicio de cafetería y restaurante de la Estación de Autobuses de Santiago de Compostela..., deberá dejar libre y a nuestra disposición el local e instalaciones que han venido ocupando, lo que se llevara a efecto en el plazo máximo de 20 días naturales desde la fecha de esta notificación. Asimismo les informamos, a los efectos que resulten procedentes, que el concurso público para la nueva adjudicación del servicio ha concluido con el resultado de desierto, al haber renunciado a la adjudicación la única empresa que concurrió, y que en consecuencia, el servicio de explotación de la cafetería y restaurante de la Estación de Autobuses quedará suspendido y las instalaciones clausuradas en el momento en que sean puestas a disposición de esta Sociedad. Una vez entregados el local e instalaciones, las partes dispondremos de un plazo máximo de 25 días naturales para formalizar el acta definitiva de entrega e inventario de bienes". Por medio de escrito de fecha 7 de febrero de 2014 la entidad Tussa reitera a Santiago Dos SL, el anterior de fecha 22 de enero de 2014 convocándole para la entrega de las llaves de la cafetería y restaurante el día 11 de febrero de 2014 un vez cerradas las instalaciones al finalizar la jornada (doc. n° 29 del ramo de prueba de Tussa y doc. n° 6 del ramo de prueba de Santiago Dos SL). VIGÉSIMO SEGUNDO.- La empresa Santiago Dos SL, remitió escrito (doc. n° 1 de la demanda) al actor (y al resto de sus compañeros en la cafetería-restaurante de la estación de autobuses) por medio del cual le comunicaba que: Por parte de la empresa TUSSA, titular de la explotación del servicio de restaurante de la estación de autobuses en la cual Ud presta servicios, nos ha remitido comunicación por la cual esta empresa cesa como empresa concesionaria de dicho servicio desde el 11 de febrero de 2014. En esa misma comunicación, se nos indica, que por el momento, no existe nueva empresa concesionaria del servicio, indicándonos su intención de proceder a la suspensión temporal del servicio. Por parte de dicha empresa se nos ha comunicado su intención de proceder a una suspensión del servicio, pero en todo caso, con independencia de la decisión que adopte la empresa principal, al respecto de la continuidad de la actividad, la cual resulta totalmente ajena a la empresa Santiago Dos SL, en base a lo previsto en el Art. 44 del ET así como de lo preceptuado en el art. 59 e)2 del Acuerdo Marco Estatal de Hostelería a partir de dicha fecha la empresa principal Tussa deberá proceder a subrogarse en los contratos de los trabajadores que prestan servicios en al estación de autobuses, entre los cuales se encuentra Ud. Agradeciendo los servicios prestados por Ud en esta empresa le comunicamos por lo tanto que se procederá a tramitar su baja en la SS en la fecha indicada para la subrogación del contrato a cargo de Tussa, indicándole que tiene a su disposición las cantidades adeudadas por la empresa hasta esa fecha. VIGÉSIMO TERCERO.- EL 11 de febrero de 2014 en las oficinas de Tussa se reúne el representante de la entidad Santiago Dos (el Sr. Juan Fraga Campe') y el representante de la entidad Tussa (el Sr. Mosquera Ferreiro), estando presente el Sr. Darío , Técnico de Tussa, al objeto de formalizar la entrega de las instalaciones de la cafetería y restaurante de la estación de autobuses a Tussa, manifestando el representante de la entidad Santiago Dos SL, que no puede entregar el local libre de moradores debido a que los trabajadores se encerraron en las instalaciones de la cafetería con la intención de permanecer toda la noche dentro de la misma por lo que no se procede a la recepción de las instalaciones (doc. n° 25 del ramo de prueba de Tussa). VIGÉSIMO CUARTO .- Por medio de escrito de fecha 13 de febrero la entidad Tussa efectúa nuevo requerimiento a la entidad Santiago Dos SL (vía correo ordinario, burofax y fax, que fue debidamente recibido) a fin de que proceda a hacer entrega de las instalaciones de la cafetería de la Estación de Autobuses con actividad clausurada, libre de moradores. Indicándole asimismo que promoverá de forma inmediata cuantas acciones le amparen, tanto de carácter personal, civil o penal contra su incumplimiento (doc. n° 26 del ramo de prueba de Tussa y doc. n° 6 del ramo de prueba de Santiago Dos SL). VIGÉSIMO QUINTO.- La empresa Santiago Dos SL, por medio de escrito de fecha 13 de febrero de 2014 contesto a la entidad Tussa al requerimiento efectuado por ésta por medio de escrito de fecha 13 de febrero de 2013 (doc. n° 27 del ramo de prueba de Tussa). VIGÉSIMO SEXTO.- Por medio de escrito de fecha 10 de marzo la entidad Tussa efectúa nuevo requerimiento a la entidad Santiago Dos SL (a fin de que proceda a hacer entrega de las instalaciones de la cafetería de la Estación de Autobuses convocándole a tal efecto el día 12 de marzo a las 12 horas (doc. n° 30 del ramo de prueba de Tussa). VIGÉSIMO SÉPTIMO.- El día 12 de marzo de 2014 en las oficinas de Tussa, se reúne el representante de la entidad Santiago Dos (el Sr. Juan Fraga Campo) y el representante de la entidad Tussa (el Sr. Mosquera Ferreiro), estando presente la Sra. Florinda , Técnico de Tussa con la finalidad de hacer entrega de las instalaciones cerradas y libre de moradores. El representante de la entidad Santiago Dos SL, manifiesta que las instalaciones fueron entregadas el día 11 de febrero y hace entrega de las llaves. Las partes se dan un plazo de 25 días para formalizar el acta definitiva de entrega e inventario de los bienes (doc. n° 30 bis del ramo de prueba de Tussa y doc. n° 6 del ramo de prueba de Santiago Dos SL). VIGÉSIMO OCTAVO .- El día 1 de abril de 2014 se levanta el acta de entrega recepción del contrato de remodelación y explotación de la cafetería y Restaurante de la Estación de Autobuses de Santiago (doc. n° 31 del ramo de prueba de Tussa y doc. n° 9 del ramo de prueba de Santiago Dos SL). VIGÉSIMO NOVENO.- Consta en autos informe sobre el inventario realizado en la cafetería y restaurante de la estación de autobuses de Santiago a petición de la sociedad Tussa de fecha 5 de junio de 2013 (doc. n° 32 del ramo de prueba de Tussa). TRIGÉSIMO.- Consta como doc. n° 33 del ramo de prueba de Tussa inventario de los bienes existentes en las instalaciones de la Estación de Autobuses y marcados con una "x" la relación de bienes retirados por la empresa Santiago Dos SL al finalizar la concesión (declaración del representante legal



de la entidad demandada Santiago Dos SL). TRIGESIMO PRIMERO.- En el DOG de fecha 24/03/2014, se publicó Resolución de fecha 17 de marzo de 2014 por la que se anuncia la licitación por el procedimiento abierto de la contratación del servicio de cafetería y restaurante de la estación de Autobuses de Santiago de Compostela (doc. n° 9 del ramo de prueba de la actor, doc. n° 3 del ramo de prueba de Santiago Dos SL y doc. n° 34 del ramo de prueba de Tussa). TRIGÉSIMO SEGUNDO.- Consta en autos el pliego de las cláusulas administrativas particulares para la contratación por el procedimiento abierto del servicio de cafetería y restaurante de la estación de Autobuses de Santiago de Compostela, (doc. n° 10 del ramo de prueba del actor, doc. n° 3 del ramo de prueba de Santiago Dos SL y doc. n° 38 del ramo de prueba de Tussa). TRIGÉSIMO TERCERO.- Consta en autos el pliego de prescripciones técnicas para la contratación por el procedimiento abierto del servicio de cafetería y restaurante de la estación de Autobuses de Santiago de Compostela, (doc. n° 11 del ramo de prueba del actor, doc. n° 3 del ramo de prueba de Santiago Dos SL y doc. n° 37 del ramo de prueba de Tussa). En el mismo y en el punto n° 5 relativo a los medios personales para la prestación del servicio se señala que la contratista atenderá al servicio con el personal necesario, para lo cual deberá de tener en cuenta la información que figura en el Anexo III del Pliego. Anexo III del Pliego: Información complementaria. Como información complementaria para las empresas que opten a la licitación y a los efectos legales oportunos se hace contar, con indicación de la categoría profesional y antigüedad, el cuadro de personal que prestó servicio en las instalaciones de la cafetería y restaurante de la estación de Autobuses para el anterior concesionario, Santiago Dos SL, prestación de servicios que finalizó el 12 de marzo de 2014. TRIGÉSIMO CUARTO.- El procedimiento abierto de la contratación del servicio de cafetería y restaurante de la estación de Autobuses de Santiago de Compostela quedó desierto al no presentarse ninguna empresa (doc. n° 12 del ramo de prueba del actor y doc. n° 39 del ramo de prueba de Tussa). TRIGÉSIMO QUINTO.- Los trabajadores de la cafetería y restaurante de la estación de Autobuses de Santiago de Compostela desde el

11 de febrero al 12 de marzo de 2014, permanecieron encerrados como medida de presión y defensa de sus puestos de trabajo y mantuvieron el servicio con las existencias que quedaban a cambio de la voluntad. Abandonaron dichas instalaciones tras una reunión con el Concejal de Transporte el Sr. Mario , Presidente del Consejo de Administración de Tussa, donde les prometió una nueva licitación con compromiso de subrogación del personal que hasta entonces prestaba servicios (interrogatorio de parte y declaración testifical). TRIGÉSIMO SEXTO.- En fecha 1 de mayo de 2005 se celebró contrato entre la empresa Tussa y Santiago Dos SL, para la instalación de máquinas de vending. La entidad Santiago Dos y Gadisven celebraron contrato en fecha 20 de junio de 1997. (doc. n° 17 del ramo de prueba de Santiago Dos). TRIGÉSIMO SÉPTIMO.- La empresa Santiago Dos SL fue declarada en situación de concurso voluntario. TRIGÉSIMO OCTAVO.- El actor instó acto de conciliación ante el SMAC que se celebró el día 21 de marzo de 2014 en virtud de papeleta de conciliación presentada el día 7 de marzo de 2014, con el resultado de sin avenencia respecto de todas las partes, y sin efecto respecto del administrador concursal (consta en autos acta de conciliación).

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que debo ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda presentada a instancia de D. Adrian , representado por la Letrada Sra. Cancela Regueiro, contra la entidad SANTIAGO DOS SL, representada por el Sr. Juan Fraga y asistida por el Letrado Sr. Lorenzo Rubín (en situación de concurso de acreedores siendo el administrador concursal el Sr. Domingo); contra la entidad SOCIEDADE MUNICIPAL DE XESTION DO TRANSPORTE URBANO DE SANTIAGO SA, representada por el Sr. José Ramón Mosquera y asistida por el letrado Sr. Martín López; contra el CONCELLO DE SANTIAGO DE

COMPOSTELA representada por la Procuradora Sra. Alfonsín Somoza y asistida por el Letrado Sr. Yañes Vilas; contra la CONSELLERIA DE POLITICA TERRITORIAL, OBRAS PUBLICAS E VIVIENDA, representada y asistida por el Letrado de la Xunta y contra FOGASA, sobre despido y en consecuencia: Debo declarar y declaro La IMPROCEDENCIA del despido, con condena de la empresa SANTIAGO DOS SL a que readmita inmediatamente al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación (calculados a razón de 47,55 E/día) o bien, a elección del empresario, a la extinción de la relación laboral con abono de la cantidad de 38.693,81 euros en concepto de indemnización. Dicha opción deberá ejercitarse en 5 días a partir de la notificación de esta sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado. Transcurrido dicho término, sin que el empresario hubiese optado, se entenderá que procede la readmisión. Debo *Condenar* y Condeno al Sr. Domingo a estar y pasar por esta declaración, únicamente en su condición de ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de la empresa SANTIAGO DOS SL.

Debo Absolver y absuelvo a las demás codemandadas de todos los pedimentos formulados *en su* contra. Debo absolver y absuelvo al FOGASA sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria en los casos previstos en el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estima la demanda declarando improcedente el despido del trabajador demandante, condenando a la codemanda "SANTIAGO DOS SL" a que readmita inmediatamente al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación (calculados a razón de 47,55 Euros/día) o bien, a elección del empresario, a la extinción de la relación laboral con abono de la cantidad de 38.693,81 euros en concepto de indemnización, condenando también al Sr. Domingo a estar y pasar por esta declaración, únicamente en su condición de Administración Concursal de la referida empresa SANTIAGO DOS SL, y absuelve a los demás demandados la entidad SOCIEDADE MINUCIPAL DE XESTION DO TRANSPORTE URBANO DE SANTIAGO SA (TUSSA), al CONCELLO DE SANTIAGO DE

COMPOSTELA, a la CONSELLERIA DE POLITICA TERRITORIAL, OBRAS PUBLICAS E VIVIENDA de la Xunta de Galicia, y al FOGASA, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria en los casos previstos en el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores.

Contra esta decisión interpone recurso de suplicación la representación letrada del trabajador demandante., y sin cuestionar la declaración de hechos probados, articula un único motivo de suplicación, al amparo del art. 193. c) de la LRJS, en el que denuncian infracción del art. 59.2.e) del IV Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería, en relación con el art. 44 del ET y sentencia que se citan, alegando que la entidad Sociedade Minucipal de Xestion do Transporte Urbano de Santiago Sa (TUSSA), debe responder de forma solidaria de las consecuencias del cese producido, con la empresa Santiago Dos SL, por haberse producido la reversión del servicio, o de forma subsidiaria por tener operada una sucesión de empresa. Se alega que dicha Entidad mantiene la encomienda de gestión de la explotación de la Estación de Autobuses, tratándose de una gestión indirecta de servicios mediante concesión administrativa de una actividad necesaria, citando diversas Sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia, en base a las cuales concluye interesando que se declare la responsabilidad de la Sociedad referida en los efectos del despido del actor, por tenerse producida una sucesión de empresa.

SEGUNDO.- Partiendo de los incombatisos hechos probados, y de los argumentos vertidos por la sentencia de instancia, la cuestión central del recurso se concreta a resolver si se ha producido, o no, una sucesión empresarial y si la Sociedad Minucipal de Xestion do Transporte Urbano de Santiago de Compostela (TUSSA), debe ser responsable solidaria de los efectos del despido del actor, por haberse producido una sucesión de empresa por reversión del servicio de la Cafetería/Restaurante de la Estación de Autobuses de Santiago de Compostela.

Y la respuesta que debe darse a la cuestión planteada ha de ser de contenido semejante a lo razonado por la sentencia de instancia, por cuanto sobre esta misma cuestión ya se pronunció esta Sala, al resolver recursos de otros trabajadores de la misma empresa, y que han visto extinguidos sus contratos de trabajo en las mismas condiciones que el actor, Sentencias 11 y 15 de junio de 2015 (recursos 1198/2015 y 980/2015) y sentencia de 8 de julio de 2015 (Rec. 1657/2015), de modo que los argumentos empleados allí por la Sala, han de ser los que se utilicen aquí para desestimar también en este caso el recurso del actor. Se decía en la Sentencia de esta Sala de 11 de junio de 2015 (Rec. 1198/2015), lo siguiente:

"SEGUNDO.- La juez de instancia ha analizado la cuestión ahora planteada en el recurso, considerando que no ha existido sucesión de empresas ni por tanto obligación de subrogar al actor, ni por vía del art. 44 del ET , ni por vía convencional, esto es, por aplicación de lo dispuesto en la norma convencional citada.

Se insiste ahora en el recurso en la existencia de dicha sucesión empresarial; en primer lugar, se dice, por reversión. El artículo 59.2 del Acuerdo Estatal de Hostelería regula los supuestos de reversión de la titularidad por cese en la prestación de los servicios subcontratados. Y en efecto establece los supuestos de reversión, dentro de los supuestos en que es obligatorio la subrogación del personal al término de los contratos de arrendamiento o cualquier otro, mercantil o civil, por cualquier causa de extinción, señalando al efecto que *"Si por decisión de la empresa principal o pacto con terceros se decidiese dejar de prestar los servicios subcontratados o alguno de ellos, de forma provisional o definitiva, no habiendo continuador de la actividad operará la reversión de la titularidad. Según lo previsto en el presente capítulo o, en su caso, lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores . En estos supuestos, la empresa cedente que venga prestando servicio no deberá asumir el personal adscrito a dicho servicio"*. Conforme al art. 58 del propio Acuerdo, la empresa cedente se define como "cualquier persona física o jurídica (en los términos expresados en el párrafo b) que, por cualquiera de las causas previstas en el presente capítulo, pierda la cualidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte de estos, objeto del traspaso, transmisión, venta, arrendamiento o cesión", lo que identifica claramente a la empresa SANTIAGO DOS SL, siendo TUSSA la empresa principal o cliente, de modo que SANTIAGO DOS SL ante el supuesto de reversión no tendría obligación de asumir al personal adscrito, pero sí la empresa principal.



Sin embargo, esa obligación de subrogar debe ser entendida siempre y cuando se haya producido una sucesión en la actividad; así se desprende de la lectura conjunta del art. 59 con el siguiente, el art. 60 del referido Acuerdo, pues éste último señala que: *"Con la finalidad de garantizar el principio de estabilidad en el empleo de los trabajadores del subsector de Colectividades y la subrogación empresarial en las relaciones laborales del personal, por quien suceda a la empresa saliente en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 59 de este Acuerdo, los trabajadores y trabajadoras de la empresa cedente pasaran a adscribirse a la empresa cesionaria o entidad pública que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones económicas, sociales, sindicales y personales que se disfrutasen en la empresa cedente, siempre que se den algunos de los siguientes supuestos"*.

La norma está exigiendo claramente como condición de la subrogación, también para el caso de la reversión, la realización del servicio, lo que en el caso concreto no se produce, pues ha quedado claro (probado) que la empresa TUSSA no realiza el servicio, y que las instalaciones de cafetería y restaurante de la Estación de autobuses de Santiago están cerradas.

En todo caso, para la aplicación de esta cláusula es necesario que nos encontremos en el ámbito de la aplicación del Acuerdo. Y según su artículo 4: *"Este Acuerdo es de aplicación a las empresas y a los trabajadores y trabajadoras del sector de Hostelería. Se incluyen en el sector de Hostelería las empresas, cualquiera que sea su titularidad y objeto social, que realicen en instalaciones fijas o móviles, ya sea de manera permanente, estacional o temporal, actividades de alojamiento de clientes en hoteles, hostales, residencias, apartamentos que presten algún servicio hostelero, balnearios, albergues, pensiones, moteles, alojamientos rurales, centros de camping y, en general, todos aquellos establecimientos que presten servicios de hospedaje a clientes; asimismo, se incluyen las empresas que presten actividades de servicio de comida y bebida para su consumo por el cliente, en restaurantes, catering, comedores colectivos, locales de comida rápida, pizzerías, hamburgueserías, bocadillerías, creperías; cafés, bares, cafeterías, cervecerías, tabernas, freidurías, chiringuitos de playa, pub, terrazas de veladores, quioscos, «croissanterías», heladerías, chocolaterías, locales de degustaciones, salones de té, «cybercafés», ambigús, salas de baile o discotecas, cafés-teatro, tablaos, así como los servicios de comidas o bebidas en casinos de juego, bingos, billares y en toda clase de salones recreativos. La citada relación no es exhaustiva, por lo que es susceptible de ser ampliada o complementada con actividades no incluidas en ella que figuren en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas actual o futura. La inclusión requerirá pacto previo de la Comisión Negociadora de este Acuerdo"*.

En el caso que nos ocupa estamos ante una empresa dedicada a la actividad de transporte, que como es notorio no se dedica a prestar el servicio de comida y bebida en restaurantes, catering, comedores, pizzerías, etc. Por tanto, al no estar comprendido la empresa TUSSA en el ámbito funcional del citado Acuerdo no le es de aplicación la mencionada cláusula de reversión.

TERCERO.- Tampoco puede resultar aplicable el art. 44 del ET, por lo que se refiere a la sucesión de empresas, el TS ha declarado, así en la sentencia de 12 de marzo de 2015 (Recurso: 1480/2014) con remisión a las sentencias de 8 y 9 de julio de 2014 (rcud. 1741/2013 y 1201/2013) y 9 de diciembre de 2014 (rcud. 109/2014) que: *"Conviene, antes de entrar a resolver la controversia suscitada, recordar la doctrina de la Sala sobre la sucesión de empresas y la sucesión de plantillas, sentada en aplicación de la Directiva 2001/23, del artículo 44 del ET, y de la doctrina del T.J.C.E., en múltiples sentencias, como las de 29 de mayo de 2008 (R. 3617/2006), 27 de junio de 2008 (R. 4773/2006), 28 de abril de 2009 (R. 4614/2007), 7 de diciembre de 2011 (R. 4665/2010), 28 de febrero de 2013 (R. 542/2012) y 5 de marzo de 2013 (R. 3984/2011). Como señala la sentencia deliberada en esta misma fecha (rcud. 1201/13) nuestra doctrina se resume en la última citada, de 5 de marzo de 2013, del siguiente modo:*

"Cuarto.- La doctrina general sobre la subrogación en las relaciones de trabajo establecida en el artículo 44 ET 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 en los supuestos de sucesión de empresa, deben destacarse aquí los siguientes puntos de nuestra doctrina jurisprudencial:

- 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 los puntos doctrinales a destacar para la decisión del caso son los siguientes:

- 6) La expresión del artículo 44.1 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.

Dos puntos doctrinales más de carácter general conviene reseñar de la jurisprudencia en la materia, que se desprenden en realidad de los anteriores, pero que no está de más resaltar para la solución del caso controvertido o de otros semejantes:

- 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".

Sobre la base de la compleja doctrina sobre la sucesión de empresa resumida en los puntos anteriores se ha construido la teoría denominada de la "*sucesión de plantillas*", de acuerdo con la cual se da el supuesto de hecho legal de la sucesión de empresa en los casos de sucesión de contratas o concesiones de servicios en que concurren determinadas circunstancias o requisitos.

El supuesto particular de sucesión de contratas o concesiones con "*sucesión de plantillas*" se caracteriza por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas: A) una empresa contratista o adjudicataria de servicios ("empresa entrante") sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades ("empresa saliente") por cuenta o a favor de un tercero (empresa "principal" o entidad "comitente"); B) la sucesión de contratas o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la "*empresa saliente*", encargando a la "*empresa entrante*" servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; C) la "*empresa entrante*" ha incorporado al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a un parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la "*empresa saliente*"; y D) el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la "mano de obra" organizada u organización de trabajo".

En este caso, no ha existido sucesión porque no se ha continuado en la actividad, porque no se ha asumido la plantilla y porque, sobre todo, las instalaciones del restaurante y cafetería en su conjunto, no únicamente el local, sino los elementos patrimoniales de la explotación que funcionaban antes, no son los mismos que



están ahora en poder de la empresa TUSSA, quién además no se dedica a la actividad de hostelería y actúa sólo en calidad de concesionaria de la Estación de Autobuses de Santiago, lo que justifica que esté en posesión de parte de esos elementos materiales, pues la juez afirma en fundamentos de derecho, pero con indudable valor fáctico que los elementos necesarios para continuar con la explotación del servicios eran de SANTIAGO DOS SL, siendo que la actividad ha cesado, no acreditándose el requisito del tracto sucesivo, ni de la concurrencia de los indicios que como excepciones a tal requisito permite la jurisprudencia. Y es que si bien para la subrogación empresarial vía convencional (por reversión en este caso), no se requiere transmisión de elementos patrimoniales, si se requiere dicha transmisión para que opere la subrogación por vía del art. 44 del ET.....".

La aplicación al presente caso de estos mismos criterios, comporta la desestimación del recurso del trabajador demandante, pues es claro que la empleadora del actor no adquirió ninguna industria en funcionamiento, sino un local de negocio en el que había que realizar obras de acondicionamiento del mismo para su puesta en marcha, así como adquirir los elementos de utillaje y maquinaria precisos para desarrollar la actividad, consecuentemente, aún cuando todo ello revierta en TUSSA, ésta no recibió un negocio en funcionamiento de la empresa saliente, ni ello implica la obligación del propietario de las instalaciones de continuar con una actividad que no explotó en ningún momento, por lo que la reversión que se aduce no es exigible al mismo en base a hechos propios ni por la conducta posterior, tal como resulta del hecho de que la actividad no fue reanudada por TUSSA ni por terceros que hubieran aceptado la concesión, así se declara probado que a pesar de dos concursos públicos para su adjudicación ambos hayan quedado desiertos, por lo que no ha existido sucesor de la actividad ni del negocio allí instalado, en consecuencia, no concurre el requisito esencial exigido por el art. 44 del ET consistente en "llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio", pues no existe en los locales actividad de ningún tipo y si no hay actividad no puede imponerse obligación de subrogación en los contratos de quienes la prestaban en dichos locales; en el sentido expuesto se pronuncia la doctrina contenida, entre otras, en la STS 19/12/2012, que señala "La tradición jurídica de esta Sala ha exigido en la interpretación y aplicación del art. 44 ET que concurrieran los dos elementos o requisitos subjetivo y objetivo consistentes respectivamente en la sustitución de un empresario por otro en una misma actividad empresarial y en la transmisión del primero al segundo por cualquiera de los medios admitidos en derecho de los elementos patrimoniales necesarios para continuar la actividad empresarial" - por todas SSTs 3-10-1998 (Rec.-5067/97), 15-4-1999 (Rec.-734/98), 25-2-02 (Rec.-4293/00), 19-6-02 (Rec.-4225/00), 12-12-2002 (Rec.-764/02), 11-3-2003 (Rec.-2252/02) con cita de otras muchas anteriores -.

En definitiva, (y como se declara en la STSJ Galicia de 8 de julio de 2015) hoy lo importante y trascendental es que se haya producido aquella sustitución subjetiva de empresarios o entidades, lo que habrá que concretar en cada caso a partir de las particulares circunstancias concurrentes, doctrina plenamente aplicable al presente supuesto en el cual se observa que si bien revierten al principal elementos materiales, no se ha continuado en medida alguna dicha actividad, no se ha contratado personal alguno para realizar en dichos locales actividad similar a la anterior, ni consta en ninguna medida la continuidad del negocio. La conclusión es que en el caso presente no se dan ni los 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. Por lo que se rechaza la censura jurídica que se dirige contra la sentencia recurrida, debiendo dictarse un pronunciamiento confirmatorio del impugnado. Por lo expuesto,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal del actor DON Adrian contra la sentencia de fecha 15 de diciembre del año 2014, dictada por el Juzgado de lo Social número DOS de Santiago, en proceso por despido promovido por el referido recurrente frente a los demandados, la empresa SANTIAGO DOS SL, la SOCIEDADE MUNICIPAL DE XESTIÓN DO TRANSPORTE URBANO DE SANTIAGO SA (TUSSA), el CONCELLO DE SANTIAGO, y la CONSELLERIA DE MEDIO AMBIENTE, TERRITORIO E INFRAESTRUCTURAS, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.



- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ