



Roj: **STSJ AND 193/2016 - ECLI:ES:TSJAND:2016:193**

Id Cendoj: **41091340012016100019**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **14/01/2016**

Nº de Recurso: **109/2015**

Nº de Resolución: **40/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS LOZANO MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rº. 109/15 -AU- Sent. 40/16

Ilmos. Sres.:

Dª Mª Begoña Rodríguez Álvarez, Presidenta de la Sala

D. Luis Lozano Moreno

Dª Carmen Pérez Sibón

-----+
En Sevilla, a catorce de enero de dos mil dieciséis.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚM. 40 /2.016

En el Recurso de Suplicación interpuesto por D. Íñigo contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº Tres de Jerez de la Frontera, dictada en los autos nº 54/14; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Luis Lozano Moreno, Magistrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por el recurrente contra D. Manuel , Club Nazaret-Asociación Recreativa y Cultural, al Gusto Hostelería y Catering S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, se celebró el Juicio y se dictó Sentencia el quince de mayo de 2014 , aclarada por Auto de veinte de junio de 2014, por el Juzgado de referencia, en la que se estimó la demanda.

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

PRIMERO.- 1.- El actor, Don Íñigo , mayor de edad, con DNI núm. NUM000 , -en lo que importa a la presente litis- ingresó en la plantilla laboral indefinida de la demandada AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING SL (dedicada a la actividad de hostelería) el día 1 de octubre de 2011, desde entonces, y hasta el 29 de noviembre de 2013 , para ella ha desarrollado los servicios inherentes a la categoría profesional de cocinero, en virtud de contrato a tiempo completo, a cambio de un salario diario con inclusión de proratas de pagas extraordinarias de 42,36 euros, lo que supone una cantidad mensual de 1.270,90 euros .

2.- El actor no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegado de personal o miembro de comité de empresa.



SEGUNDO.- La empresa AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING SL venía explotando el servicio de catering, cafetería, restaurante, buffet, etc, en las instalaciones del Club Nazaret.

TERCERO.- Desde el 25 de noviembre de 2013 al actor así como al resto de la plantilla de la empresa AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING SL se le impidió el acceso a su puesto de trabajo por la codemandada ASOCIACION RECREATIVA Y CULTURAL " CLUB NAZARET". Con fecha 29 de noviembre de 2013 es dada de baja en la TGSS por AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING SL.

CUARTO.- Desde el día 29 de noviembre de 2013 y conforme al contrato mercantil suscrito el día 28 de noviembre de 2013, la ASOCIACION RECREATIVA Y CULTURAL CLUB NAZARET ha contratado a una nueva empresa para el servicio de hostelería en sus instalaciones, concretamente DON Manuel , indicándose en la cláusula sexta ultimo párrafo que el concesionario no tendría obligación de contratar a ningún trabajador que prestase sus servicios en el Club o admitir la subrogación de cualquiera de ellos y que trabajaran para el anterior concesionario.

QUINTO.- 1.- Con fecha 28 de noviembre de 2013 la empresa AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING SL solicitó al CLUB NAZARET por correo electrónico los datos de la nueva empresa concesionaria a fin de remitir a la misma toda la documentación conforme a los artículos 59 , 60 y 61 del Convenio Colectivo de aplicación.

2.- El CLUB NAZARET comunicó el 29 de noviembre de 2013 a AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING SL los datos del nuevo concesionario del servicio de hostelería , facilitando como datos de contacto " Manuel y el DNI NUM001 " .

SEXTO.- 1.- El representante de la empresa AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING SL se reunió con DON Manuel y el representante del CLUB NAZARET el día 1 de diciembre de 2013, manifestando en tal reunión el Sr. Manuel que no era su intención subrogar al personal.

2.- El día 2 de diciembre de 2013 la empresa AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING SL envía un correo electrónico al CLUB NAZARET por el que le indica que toda la documentación laboral relacionada en el artículo 61 del Acuerdo Interprovincial de Hostelería se encuentra en la sede social de la empresa AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING, para su recogida.

3.- A las empresas AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING SL y Manuel , dedicadas a la actividad de hostelería, les es de aplicación el Convenio Colectivo de empresas y establecimientos dedicados a la hostelería (BOP de Cádiz 16.05.2012) así como el Acuerdo Laboral de hostelería de ámbito estatal (BOE 30.09.2010).

SEPTIMO.- DON Manuel se reunió con algunos trabajadores de la empresa en un bar y se ofreció a su contratación ex novo.

OCTAVO.- 1.- Disconforme el actor con su baja de fecha 29 de diciembre de 2013, el misma interpuso demanda ante el CMAC el 10.12.2013 en reclamación por despido

2.- El 8 de enero de 2013, aunque sin efecto, se celebró el oportuno intento conciliatorio entre las partes sin que se lograra avenencia.

3.- Y finalmente el 14 de enero de 2013, interpuso la preceptiva demanda por la que solicita se declare la improcedencia de su despido.

NOVENO.- El actor no llegó a comunicar a DON Manuel ningún dato de su relación laboral con AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING SL.

DECIMO.- Los trabajadores DON Jose Daniel , DON Luis Pedro , DON Juan Miguel , DON Adolfo , DON Antonio , DON Íñigo , DOÑA Noemi Y DON Braulio han formulado demanda de conciliación ante el CMAC por impagos salariales del mes de octubre a diciembre de 2013.

TERCERO.- La parte actora recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado su recurso por la empresa Juan Gómez Benítez y por el Club Nazaret-Asociación deportiva y cultural.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El trabajador demandante recurre en suplicación la la sentencia dictada en la instancia que estimó parcialmente su demanda y condenó a Al Gusto Hostelería y Catering S.L. a las consecuencias del despido declarado improcedente. Formula un primer motivo, al amparo del art. 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , en el que solicita la modificación del Hecho Probado Tercero, de manera que quede redactado de la siguiente manera: *"El 14 de noviembre de 2.013, el Club Nazaret-Asociación Recreativa y Cultural envió comunicación a Al Gusto Hostelería Catering S.L. notificando su voluntad de rescindir el contrato suscrito*



el 01 de octubre de 2.011, con fecha de efectos del 24 de noviembre de 2.013. Al Gusto Hostelería Catering S.L no aceptó dicha resolución unilateral.

El 25 de Noviembre de 2.013, D. Emilio , Director del Club Nazaret-Asociación Recreativa y Cultural no permitió la entrada a los trabajadores de Al Gusto Hostelería Catering S.L a su centro de trabajo, por haber resuelto extrajudicialmente el contrato con esta empresa. D. Mauricio como representante de Al Gusto Hostelería Catering S.L requirió presencia Notarial, levantando acta de presencia n° 1270 ese mismo día el Notario D. Gonzalo García-Manrique y García da Silva.

Ante la negativa de entrada de los trabajadores D. Mauricio alega que el contrato permanece en vigor, que por burofax se le ha notificado la resolución unilateral del contrato y no extrajudicial, y que se debería permitir el acceso a los trabajadores. El Notario constata que existen doce trabajadores en la puerta esperando para entrar

Desde el 25 de noviembre de 2.013 al actor así como al resto de la plantilla de la empresa Al Gusto Hostelería Catering S.L, se le impidió el acceso a su puesto de trabajo por la codemandada Asociación Recreativa y Cultural "Club Nazaret". Con fecha 29 de noviembre de 2.013 es dado de baja en la TGSS por Al Gusto Hostelería Catering S.L". Solicita tal modificación con base en el correo electrónico que figura al folio 237 de los autos, en el que se requiere a la condenada por la asociación deportiva codemandada a que retire maquinaria y productos alimenticios varios de su propiedad, así como Acta Notarial levantada el 25 de noviembre de 2013 en el acceso a las instalaciones de la referida asociación. Ya consta en hechos probados que desde el día 25 de noviembre de 2013 se impidió a los trabajadores de esa empresa la entrada en el centro de trabajo en el que prestaban servicios, por parte de responsables del Club Nazaret, y que el actor fue dado de baja en la TGSS el día 29 de noviembre. También consta que a partir del 29 de noviembre se hizo cargo del servicio de hostelería en las indicadas instalaciones D. Manuel . Los únicos datos que no constan en los hechos probados, al margen de las manifestaciones que pudieran haber realizado las partes ante el notario que levantó el acta que se indica, que ninguna trascendencia pueden tener para la solución de la cuestión planteada, son los relativos a la resolución contractual por parte del Club Nazaret del contrato que le vinculaba a la citada entidad mercantil, y procede incluirlo en el relato fáctico, no sólo porque se deduzca del correo electrónico que cita en apoyo de su tesis, sino porque ese hecho no es discutido por ese codemandado, y es relevante en la argumentación que después realiza, con independencia de la que después le demos para la solución del recurso.

Y también pretende que se añada un nuevo hecho probado en el que figure que "Con fecha 29 de Noviembre de 2.013, trabajadoras de la empresa AL GUSTO HOSTELERIA Y CATERING S.L presentaron denuncia ante la Inspección Provincial de Trabajo en Cádiz, denunciando la falta de subrogación de la nueva empresa ya que la nueva empresa reunida informalmente con los trabajadores/as afectados/as, les había comunicado que no se subrogaría, pretendiendo que la relación laboral fuese ex novo", lo cual no tiene relevancia, ya que consta ese ofrecimiento por el empresario entrante en el Hecho Probado Sexto, y ninguna trascendencia puede tener que los trabajadores afectados formularan o no denuncia ante la Inspección Provincial de Trabajo ni las manifestaciones que realizaran en las mismas.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, que formula el recurrente al amparo del art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , denuncia que la sentencia ha infringido los artículos 59 y 60 del IV Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el sector de la Hostelería, alegado que el empresario que ha suscrito el nuevo contrato con la Asociación codemandada se debió subrogar en la relación laboral que mantenía con el demandante.

Para resolver el motivo hay que partir de que se admite por el recurrente que no procedía la subrogación ex artículo 44 del E.T . pues no hay transmisión de elementos materiales y tampoco puede apreciarse la concurrencia de "sucesión de plantilla", pues el empresario entrante en la actividad contratada no asumió a la plantilla de la saliente. Se mantiene que sí procedía en virtud de lo dispuesto en los artículos 59 y siguientes del IV Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de Hostelería. Efectivamente, ese precepto establece la obligación de subrogación en las relaciones laborales "en todos los supuestos de sucesión o sustitución de empresas, en los que no exista transmisión patrimonial, como consecuencia del cambio de titularidad de una empresa, centro de trabajo, de una unidad productiva autónoma, de una unidad de explotación, comercialización o producción de las actividades de colectividades, o partes de las mismas...", pero esa sucesión empresarial viene condicionada, además de al cumplimiento de los requisitos subjetivos previstos en el art. 60 de ese Acuerdo, cuya concurrencia en este caso no se discute, a la de los de forma que se indican en el artículo 61, a cuyo tenor, tras la notificación a la saliente por la empresa principal de la nueva adjudicataria del servicio, "... En el transcurso de los cinco días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de la comunicación del empresario principal, la empresa cedente deberá acreditar a la cesionaria, documentalmente y de forma fehaciente todos los supuestos anteriormente contemplados mediante los documentos y en los plazos que seguidamente se relacionan:

Certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social.



Certificación negativa de la Administración de Hacienda.

Fotocopia de las cuatro últimas nóminas mensuales de los trabajadores y trabajadoras afectados.

Fotocopia de los TC-1, TC-2 y TC-2/1 de cotización a la Seguridad Social de los cuatro últimos meses.

Relación de personal en la que se especifique: Nombre y apellidos, domicilio, número de afiliación a la Seguridad Social, antigüedad, salario bruto anual, jornada, horario, modalidad de su contratación, fecha del disfrute de sus vacaciones y especificación del período de mandato si el trabajador o la trabajadora es representante sindical.

Trabajadores y trabajadoras que se encuentren en situación de suspensión de contrato de trabajo, indicando los datos a que se refiere el apartado anterior.

Fotocopia de los contratos de trabajo escritos del personal afectado por la subrogación.

Pactos o cláusulas firmadas con los trabajadores y trabajadoras, sean de carácter individual o colectivo.

Justificante de haber liquidado a todos los trabajadores y trabajadoras afectados por la subrogación, la parte proporcional de haberes hasta el momento de la misma, no quedando pendiente cantidad alguna.

En el caso de vacaciones pendientes de disfrute, la empresa saliente informará de esta situación a la entrante, estableciéndose entre ambas la forma de abono por cada empresa de la parte correspondiente.

La empresa saliente informará, en su caso, del estado exacto de los procesos, pleitos, litigios y de cuantos asuntos laborales se hallen pendientes o en curso ante la autoridad laboral competente o ante cuales quiera organismos públicos, tanto respecto a los trabajadores y trabajadoras en activo como a los ya cesados.

En este mismo plazo, se cumplimentarán los derechos de información y consulta de los trabajadores y trabajadoras previstas en el artículo 64 de este Acuerdo.

3. En la fecha de la subrogación prevista y una vez cumplidos los requisitos establecidos en el presente Acuerdo, la empresa cesionaria procederá a la incorporación de los trabajadores y trabajadoras".

En el supuesto que ahora nos ocupa resulta que la empresa condenada en la sentencia recurrida venía explotando el servicio de catering, restaurante, cafetería, etc, en las instalaciones del Club Nazaret, en virtud de contrato suscrito con este el 1 de octubre de 2013, y el 14 de noviembre le fue comunicada la resolución de este contrato con fecha 25 de noviembre. Con esta fecha se contrató para dicha explotación a D. Manuel , y el 29 de noviembre se comunicó por el Club Nazaret a la indicada mercantil los datos del nuevo concesionario del servicio, reuniéndose la representación del empresario saliente con el entrante el 1 de diciembre, manifestando este que era su voluntad no subrogarse en los contratos de los trabajadores que habían venido prestando servicios en la indicada explotación. El día 2 de diciembre, la empresa Al Gusto Hostelería y Catering S.L. envió al empresario entrante un fax en el que se le indicaba que tenía a su disposición, en su sede social, la documentación requerida por el art. 61 del IV Acuerdo de Hostelería de Ámbito Estatal, sin que fuera efectivamente entregada.

Partiendo de esos datos, el T.S. ha indicado reiteradamente, como se expresa en su sentencia de 12 de septiembre de 2012 , que "si la empresa saliente no hubiera cumplimentado de manera suficiente «los deberes que le impone el convenio colectivo no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante», siendo la empresa incumplidora de esa obligación la responsable de las consecuencias perjudiciales que sobrevengan al trabajador afectado y más en concreto del despido en el caso de que se haya producido, y no cabe invocar en contra de ello la vulneración del derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, porque «dicho derecho está asegurado en cuanto persiste, en estos supuestos, la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente» (SSTS 10/12/97 -rec. 164/97 -; ...; 20/01/02 -rec. 4749/00 - 29/01 / 02 - rcud 4749/00 -; 11/03/03 -rec. 2252/02 -; y 28/07/03 -rec. 2618/02 -. ... Y aunque la subrogación puede operar, incluso, aunque la documentación de la empresa cesante en la contrata no está completa, si no se trata de «documentación imprescindible» para informar sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar haberse atendido las obligaciones dinerarias y de SS; en todo caso, si no se remite esa documentación no se produce transferencia alguna hacia la empresa contratante (SSTS 11/03/03 -rec. 2252/02 -; y 28/07/03 -rec. 2618/02 -). Y de lo dicho más arriba resulta que la empresa saliente no cumplió debidamente la obligación impuesta en el citado precepto Convencional, pues su bien es cierto que, inicialmente, no le fue notificada la identidad del nuevo empresario, también es cierto que en la sentencia recurrida se destaca que producida la resolución del contrato que le unía a la empresa principal con efectos del 25 de noviembre, el 29 ya se le comunicó ese dato, y que el 1 de diciembre se reunió con el empresario entrante, sin que le entregara ninguno de los documentos que se indican en el precepto convencional reiteradamente citado, a pesar de que tuvo oportunidad de hacerlo, por ejemplo, en la reunión mantenida el 1 de diciembre. Y obviamente no es suficiente con que le comunicara al nuevo empresario que los tenía a su disposición en la sede de la empresa, pues



su obligación es de entregarla al empresario entrante, o al menos acreditar su intento de entrega, sin que aquella manifestación unilateral se pueda considerar suficiente para entender cumplida aquella obligación, en cuanto que no permite entender acreditado que, efectivamente, ponía a disposición de la empresa entrante toda la documentación requerida, máxime cuando por la juzgadora se indica que varios de los documentos requeridos, como son los justificantes de abono de nóminas de los cuatro últimos meses, o los certificados de estar al corriente de pago de las deudas derivadas de la relación laboral, no los podía aportar, y esos documentos sí se han de considerar imprescindibles para que opere la subrogación, en cuanto que con los mismos se acreditaría ante la entrante el cumplimiento de las obligaciones salariales y de seguridad social respecto de los trabajadores cuya subrogación se pretendía, por lo que acertó la sentencia de instancia cuando negó esa sucesión empresarial por el incumplimiento de aquellas obligaciones formales, y de eso se deriva que el recurso interpuesto por el actor deba ser desestimado, con confirmación de la sentencia recurrida.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Íñigo contra la sentencia dictada el 15 de mayo de 2014 por el Juzgado de lo Social Número Tres de Jerez de la Frontera en autos seguidos a su instancia contra Al Gusto Hostelería y Catering S.L., el Club Nazaret-Asociación Recreativa y Cultural, y D. Manuel , con audiencia del FOGASA, sobre despido, debemos confirmar y confirmamos esa sentencia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

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

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

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

PUBLICACIÓN .- Sevilla a catorce de enero de dos mil dieciséis.