



Roj: **STSJ AND 1109/2016 - ECLI:ES:TSJAND:2016:1109**

Id Cendoj: **41091340012016100307**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **18/02/2016**

Nº de Recurso: **650/2015**

Nº de Resolución: **497/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS LOZANO MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rº. 650/15 -AU- Sent. 497/16

Ilmos. Sres.:

D. Luis Lozano Moreno

Dª Mª Gracia Martínez Camarasa

Dª Carmen Pérez Sibón

-----+  
En Sevilla, a dieciocho de febrero 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. 497 /2.016**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por D. Everardo y D. Inocencio contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº Dos de Cádiz, dictada en los autos nº 144/14; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Luis Lozano Moreno, Magistrado.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Según consta en autos, se presentó demanda por D. Obdulio contra los recurrentes, Con intervención del Fondo de Garantía Salarial, se celebró el Juicio y se dictó Sentencia el nueve de julio 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.-** El demandante, es Dependiente de segunda; con antigüedad de 6.5.2009 y salario, para despido de 44,52 euros diarios; no fue Representante del Personal. El empresario Sr Inocencio le da ,de baja ante la TGSS el día. 7.1.14.

El contrato de Trabajo de 6.5.2009 no concreta Convenio aplicable; la actividad de la empresa se identifica como "Hostelería"y centro de trabajo en C/ Lubet 8.

En la comunicación de prórroga al SAE de 6.8.2009,hasta 5.2.2010, la actividad de la empresa ramón Muñoz F. en calle Lubet 8 ,se identifica como:" Servicios de comidas y bebidas".

En la conversión de temporal a Indefinido que se hace el 1-2-2010 como actividad ,también :Servicios de comidas y bebidas".



Se enteró por terceras personas que el empresario se iba a jubilar.

Luego el Sr Inocencio dijo al demandante que efectivamente se iba a jubilar, pero que el demandante ya no iba a continuar y que ya hablarían.

SEGUNDO.- El 31.12.2013 el Sr Inocencio le notifica esta comunicación: " Sírvese la presente para comunicarle que el próximo día 31 de los corrientes dejará de trabajar por Jubilación, por este motivo me veo en la necesidad de cerrar el centro de trabajo dedicado a la actividad de Café-Bar con número de patronal 11/71305/16, don de Vd presta servicios, y consecuentemente extinguir su contrato de trabajo con esa misma fecha.

Para su información le comunico que se le abonará la liquidación que le corresponda hasta el día 31 de diciembre, así como una mensualidad de salario en concepto de indemnización por preaviso. A partir del citado día puede usted solicitar la prestación por desempleo que la pueda corresponder.

Sin otro particular, y estándole muy agradecido por los servicios prestados a esta empresa, le saludo atentamente.

Sírvese firmar el recibí de la presente comunicación. Por la empresa Fdo. (Illegible)

TERCERO.- El demandante cuando estaba de alta con el empresario Sr Inocencio realizaba esencialmente funciones de hostelería en bar y bebidas en el local de c/ Lubet 8 y también, aunque en menor medida de despachar en la parte de alimentación(pan, charcutería, legumbres, hortalizas).

CUARTO.- Hay una sola caja para el cobro de lo que se vende o se expende en el local.

QUINTO.- 1.-El local tiene dos puertas y una ventana; un mostrador corrido con cafetera, y separados otros dos mostradores de cristal y metal con productos de alimentación detrás, cortadora y peso.

2.- El 15.1.14 el Sr. Inocencio como propietario arrienda local bajo"destinado a ultramarinos" por dos años y a seis mil euros anuales (se identifica como situado en calle Pericón de Cádiz 15 Dº; se indica que tal local se destinará exclusivamente a Ultramarino. Y que serán de cuenta del el arrendatario ( Sr Adrian )la obtención de licencias y permisos municipales...

3.- El Sr Inocencio en su declaración de IRPF 2012 menciona dos actividades económicas (673.2. y la IAE 647.1). En cada una se dice que tiene una persona asalariada.

4.- Se da de baja en censo de actividades empresariales AEAT el 7.1.14

5.- Dio de baja ,en la TGSS, al trabajador Don Adrian el 24.12.13. Y al demandante el 7-1-14 como fecha de efectos en un documento de Informe de vida laboral ;y en la Vida Laboral de la TGSS ,del trabajador aparece de baja el 31.12.2013,

6.- El Sr Everardo esta de alta en actividad de Alimenticios y bebidas clave AIE 6471.1,desde el día 15-01-2014

SEXTO.- En el acto del CMAC(27-1-14) planteado por el demandante(9-1-14) contra el Sr Inocencio , acaba Sin Avenencia y ahí el actor hace constar que con posterioridad a la fecha del despido ha tenido lugar una sucesión de empresa manifestando que el titular es Everardo con DNI... ; y el Sr Inocencio contesta que el centro de trabajo es calle Lubet 8 de Cádiz, dedicado a actividad de Café bar se encuentra cerrado en la actualidad por jubilación del empresario.

La demanda contra Sr Inocencio y también contra el Sr. Everardo es presentada el 11.2.14.

SÉPTIMO.- a.- El Juzgado aceptó la prueba de la demanda referida a oficiar al Excmo Ayuntamiento sobre titularidad de la licencia de apertura del local de C/ Lubet 8 bajo y si había transmisión de licencia, solicitante y titular.

No habiéndose recibido el día de la suspensión de 10.6.14 se reitera, A día de juicio no había contestación.

b.- En abril de 1990 el Sr. Inocencio recibe, a solicitud suya sobre el local de su propiedad en c/ Lubet 8 dedicado a Bar y ultramarinos, comunicación municipal donde se le indica respecto a licencia de apertura que no se le puede expedir duplicado aunque se comprueba actividad ininterrumpida desde tiempo inmemorial y alta en los diversos impuestos municipales que gravan la actividad y uso permitido.

OCTAVO.- El codemandado Sr Everardo (antigüedad de 1987 como trabajador) en los últimos tiempos previos al despido del 31.12.13, tenía una actitud de distanciamiento, personal y funcional, respecto al demandante ,que antes nunca había existido.

NOVENO.- Las nóminas del Sr Everardo tiene una Base de Cotización de 992,68 euros ; y las del demandante de 1.328,14 euros y con mas conceptos retributivos (transporte, ropa ,manutención)



**TERCERO.-** Los codemandados recurrieron en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado su recurso por el actor.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los codemandados recurren en suplicación la sentencia que estimó la demanda interpuesta por el actor y declaró que había sido objeto de despido improcedente.

En su recurso formulan un primer motivo, en el que pretenden que se modifique el Hecho Probado Primero, segundo párrafo, para que se corrija la afirmación de que en el contrato de trabajo del actor no se consignó el convenio colectivo de aplicación, para que se diga que sí se indicó que era de aplicación el de hostelería, a lo que procede acceder, pues así figura en la cláusula octava del referido contrato de trabajo.

También pretende que se añada al Hecho Probado Quinto que "El Sr. Everardo se encontraba en alta en el Régimen General de la Seguridad Social dentro de la actividad identificada como CNAE 4711 de comercio al por menor en establecimiento en la cuenta de cotización nº. NUM000 a nombre de D. Inocencio , y el actor se encontraba en alta dentro de la actividad CNAE 5630 establecimiento de bebidas en la cuenta de cotización nº. NUM001 ". Constan esos datos en los documentos que obran en los folios 44.2 y 4 de los autos, por lo que no hay inconveniente en añadirlos al relato de hechos probados.

También pretende que se añada al Hecho Probado Noveno que las diferencias salariales que se expresan en ese hecho obedecen a que al Sr. Everardo se le aplicaba el Convenio Colectivo de Empresas de Alimentación minoristas y ultramarinos de la Provincia de Cádiz, mientras que al demandante el de Hostelería. Del simple cotejo de los documentos citados, nóminas de uno y otro, con ambos convenios colectivos, que constan en autos, se deduce con claridad, sin acudir a conjeturas o hipótesis, la realidad de lo afirmado en ese hecho.

Por último, en cuanto a la modificación de los hechos probados se refiere, pretende que se añada un nuevo hecho probado en el que figure que "Consta oficio del Ayuntamiento de fecha 10 de julio de 2014 en donde se hace constar que no existe licencia de apertura para dicho local, no constando tampoco transmisión de la misma a tercera persona". Lo primero es cierto que se deduce del oficio emitido por el Ayuntamiento de Cádiz, y lo segundo es una deducción que se deriva del primer hecho, que no es necesario que conste entre los declarados probados.

**SEGUNDO.-** Con amparo en el art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , por los recurrentes se denuncia que la sentencia infringió el art. 44.3 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con los artículos 56 y 49.g) del mismo texto normativo, negando que hubiera sucesión empresarial y, por tanto, despido, manteniendo la validez de la extinción por jubilación del empresario con el que tenía concertada relación laboral desde el año 2009.

El Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, entre las que podemos citar la de 19.9.2012, Rec.u.d. 3056/2011 y de 6.7.2011 nº Rec. 41/11 , tras analizar su contenido en relación con la Directiva 1.1.a) de la Directiva 2001/23/CE, especifica que la sucesión empresarial ex art. 44 del Estatuto de los Trabajadores , al margen de los supuestos de sucesión de plantillas, "se articula sobre la concurrencia de dos requisitos básicos:

1º. Un requisito que se suele denominar subjetivo, consistente en la existencia de un cambio en la titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma.

2º. Se necesita otro requisito de carácter objetivo, pues se relaciona con el objeto de la transmisión. Así, la transmisión debe afectar a un conjunto organizado de bienes que sean aptos para llevar a cabo una explotación o, en los términos legales, una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, accesoria o esencial, preexistente", analizando posteriormente la evolución de la doctrina del TJUE, extraer del análisis de sus pronunciamientos las siguientes conclusiones:

a) En principio, la constitución de una contrata, la sucesión o la reasunción de la actividad no determinan de por sí un fenómeno transmisorio; sólo tienen tal consideración cuando van acompañadas de la transmisión de los elementos patrimoniales necesarios, algo que, por lo demás, debe apreciar el juez nacional efectuando una valoración de conjunto, como señaló en su momento el TJUE en el asunto Spijkers - STJUE 18-3-1986 - y que después han seguido otros pronunciamientos (SSTJUE de 19 de mayo de 1992, asunto Redmond-Stichting; de 12 de noviembre de 1992, asunto Watson Rask; de 14 de abril de 1994, asunto Schmidt; dc 7 de marzo de 1996, asunto Merckx; de 10 de diciembre de 1998, asunto Hernández Vidal y otros; de 10 de diciembre de 1998, asunto Sánchez Hidalgo y otros; de 2 de diciembre de 1999, asunto Allen; de 26 de septiembre de 2000, asunto Didier Mayeur; de 25 de enero de 2001, asunto Oy Liikenn; de 24 de enero de 2002, asunto Temco; de 20 de



noviembre de 2003, asunto Abler; de 15 de diciembre de 2005, asunto Nurten GüneyGórres; de 29 de julio de 2010, asunto PSP/UGT/Ayuntamiento La Línea; de 20 de enero de 2011, asunto Martín Valor).

Estas sentencias señalan que, entre los múltiples aspectos que el juez nacional debe valorar, se encontrarían el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate; el hecho de que haya habido o no una transmisión de los de los activos materiales, como edificios e inmuebles, así como el valor de los inmateriales en el momento de la transmisión; el hecho de que se haya transmitido o no la clientela; el grado de analogía entre las actividades anteriores y posteriores a la transmisión; la duración de la suspensión de la actividad; así como también el hecho de que el empresario nuevo se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores del predecesor. ...".

En el supuesto que nos ocupa partimos de que, según ha quedado acreditado, el actor prestaba servicios para uno de los codemandados, D. Inocencio , como dependiente de segunda, con contrato en el que se hacía constar que la actividad era la de hostelería, y sujeta al Convenio Colectivo de Hostelería de la Provincia de Cádiz. En el mismo local, que tenía sendas puertas a dos calles, se desarrollaban, en espacios físicos separados, tanto la actividad de bar como la de tienda de ultramarinos, siendo atendida esta por el codemandado D. Everardo , y la primera por el actor, aunque ocasionalmente también realizara alguna venta de alimentos. El Sr. Inocencio se jubiló el 31 de diciembre de 2013, y con ocasión de ello notificó a los dos trabajadores que tenía a su servicio, uno dado de alta en la actividad de hostelería, y otro en la de comercio al menor de alimentos, con distintas cuentas de cotización, la extinción de los contratos de trabajo. El 15 de enero arrendó el local a D. Everardo , para que lo destinara en exclusiva a la venta de ultramarinos, cosa que hizo este trabajador, sin que continuara con la actividad de bar.

Obviamente, faltan los presupuestos básicos para que se deba entender que se ha producido una sucesión de empresa a tenor de lo dispuesto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores , pues no se ha acreditado el traspaso de la entidad económica que ocupaba al actor, manteniendo su identidad, pues no consta el del conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo esa actividad económica de bar. Ciertamente es que en el mismo local convivían dos actividades económicas diferenciadas, la de bar, que ocupaba al actor, y la de venta de ultramarinos, que ocupaba al otro trabajador, que posteriormente continuó con esta únicamente, pero no con la de bar. Y queda claro que, con independencia de que ocasional y puntualmente uno pudiera colaborar con el otro, lo cierto es que cada uno estaba contratado para desempeñar las tareas en una sola de las actividades, de manera que el actor estaba dado de alta en la de hostelería, percibiendo sus emolumentos conforme al convenio colectivo de ese sector, y el otro trabajador, ahora demandado, en la de comercio de alimentación, percibiendo unas retribuciones sensiblemente inferiores, sin que se pueda imputar a este la sucesión empresarial en aquella actividad, cuando está acreditado que sólo siguió desempeñando la de venta de ultramarinos, y no consta que se le traspasara la maquinaria y los útiles propios de la actividad hostelera. Ello impone que, no viniéndole impuesta por la norma cuestionada la subrogación de la relación laboral del actor, ha de entenderse válida la extinción de esa relación laboral por jubilación del empresario. En consecuencia, la demanda debió ser desestimada, lo que conlleva la estimación del recurso de suplicación interpuesto por los codemandados, con revocación de la sentencia recurrida.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Everardo y Inocencio contra la sentencia dictada el 9 de julio de 2014 por el Juzgado de lo Social Número Dos de Cádiz en autos seguidos a instancias de D. Obdulio contra los recurrentes, sobre despido, debemos revocar y revocamos esa sentencia, desestimando en su lugar la demanda interpuesta por el actor.

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.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase a los recurrentes los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir.

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 dieciocho de febrero de dos mil dieciséis.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ