

III. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

De lo Social número Tres de Murcia

288 Despido objetivo individual 524/2016.

Equipo/usuario: MGP

NIG: 30030 44 4 2016 0004606

Modelo: N81291

DOI Despido Objetivo Individual 524/2016

Sobre Despido

Demandante: Elisabeth Ruiz Marti

Abogado: José María Ippolito Giménez

Demandados: Hostelería y Restauración Romo, S.L., Burger King España S.L., Food Burger XXL S.L., Fogasa

Abogados: Luis Pedro Gella Valdes, Letrado de Fogasa

Doña Pilar Isabel Redondo Diaz, Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Social número Tres de Murcia.

Hago saber: Que en el procedimiento despido objetivo individual 524/2016 de este Juzgado de lo Social, seguido a instancia de doña Elisabeth Ruiz Marti contra Hostelería y Restauración Romo, S.L., Burger King España, S.L., Food Burger XXL, S.L., Fogasa sobre despido, se ha dictado la siguiente resolución:

Sentencia Núm. 78/17

En Murcia, 17 de febrero de 2017.

Vistos por la que suscribe, María Lourdes Gollonet Fernández de Trespalacios, Magistrada-Juez titular del Juzgado de lo Social n.º Tres de Murcia, los presentes autos de Juicio Especial sobre despido, seguidos con el N.º 524/16 en este Juzgado, en virtud de demanda formulada por doña Elisabeth Ruiz Marti, que compareció asistida por el letrado Sr. Ippólito Jiménez, frente a la empresa Hostelería y Restauración Romo, S.L., frente a la empresa Food Burger XXL, S.L., que no comparecieron, frente a la empresa Burger King España, S.L.U., que compareció representada por el letrado Sr. Gella Valdés, y frente al Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), que compareció representado por la letrada Sra. Vivero Segado, y en base a los siguientes:

Antecedentes de hecho

Primero.- Con fecha de 23-8-16 se presentó a través de sistema informático-Telemático Lex-Net y dirigida a Oficina de Registro y Reparto Social, dependiente del SCG, la demanda suscrita por la parte demandante contra los demandados que constan en el encabezamiento de esta sentencia, que fue turnada a este Juzgado con fecha 29-8-16, y con entrada en el SCOP-Social el 31-8-16, en la que tras exponer los hechos que sirvieron de base a su pretensión y los fundamentos jurídicos que estimó de aplicación, terminó solicitando se dictase sentencia por la que estimando en la totalidad esta demanda declare la improcedencia del despido efectuado, y condene a la demandada a que, a su opción, le readmita en su categoría con abono de los salarios dejados de percibir o le indemnice en la cantidad legalmente establecida.

Segundo.- Registrada la demanda, por diligencia de ordenación de la letrada de la Administración de Justicia del SCOP social de 17-10-16 se requirió a la parte demandante a fin de que subsanase la demanda presentando la misma en el formato exigido, en Art. 9.3, 17 y ANEXO IV RD 1.065/15, en plazo de 5 días con apercibimientos legales.

Por la parte demandante se presentó a través de Lexnet en fecha 20-10-16 escrito de subsanación aportando nuevamente la demanda y documentos adjuntados a la misma, y fue admitida a trámite la demanda por Decreto del SCOP-Social de 9-11-16, en el que se tuvo por subsanada la demanda y fue señalado día y hora para celebración de los correspondientes actos de conciliación y juicio.

Llegado el día señalado, compareció la parte demandante en la forma que consta en el encabezamiento de esta Sentencia, la empresa Burger King España, S.L.U. y el Fogasa, no compareciendo las restantes empresas demandadas.

Intentada por Sr./Sra. Letrado/a Judicial de la Unidad de Conciliaciones, la conciliación sin avenencia respecto de la empresa que compareció, y abierto el acto de juicio, se procedió a la grabación del mismo por medios mecánicos audio visuales.

La parte demandante se ratificó en la demanda y solicitó el recibimiento a prueba.

Por el letrado de la empresa Burger King España, S.L.U., se formuló oposición a la demanda solicitando sentencia desestimatoria alegando en síntesis:

1.- Falta de legitimación pasiva por no existir ningún tipo de relación entre la demandante y su representada, ni haber prestado servicios para esta empresa.

Burger King España, S.L.U. es agente en España de Burger King Europe, G.M.B.H., que es la empresa Franquiciadora que por medio de contrato facilitó uso de marcas a Hostelería y Restauración Romo, S.L.

Hubo 2 contratos con esta empresa y resolución acordada por ST. Del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 61 de Madrid de 21-7-14 en proceso 236/14 y ST de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9.ª de 23-4-15 (quedó extinguida la relación entre Franquiciadora y empresa franquiciada) y fue ejecutada por Auto de 19-6-15 del Juzgado de 1.ª Instancia y auto de la AP de 30-3-16. Se aportarán documentos.

Carece esta empresa de relación con los franquiciados, y solo mantiene relación con la empresa principal y por tanto no debería haber sido llamada su representada a juicio como demandada. Se debería haber llamado a Burger King Europe, G.M.B.H. Se aportarán sobre esto SSTT (que citó), en las que se estima la falta de legitimación pasiva de Burger King España, S.L.U.

No existe relación alguna entre su representada con la actora. Se conoce que hay contrato de trabajo, y hay falta de control sobre esa contratación, por la Cláusula 11.6 página 23 de los Contratos de Franquicia. Esta cuestión ha sido ya analizada por ST TSJ de Madrid de 2-2-10.

2.- Hay cierta indefensión, pues si se facturaron Servicios ante la franquiciada, se desconocen los términos de la relación laboral y del despido.

Solo se responde en los siguientes supuestos:

- . Cuando la prestación de servicios se produzca para el Grupo de empresas.
- . Cuando haya confusión de patrimonios
- . Cuando hay actuación abusiva de la forma jurídica a favor de una empresa.

No concurren ninguno de estos supuestos para extender la responsabilidad de la empresa codemandada frente a BURGER KING ESPAÑA, S.L.U. Se desconocen datos de salarios y contratos.

Solicitó recibimiento a prueba y desestimación de la demanda.

Por la letrada del Fogasa, se formuló oposición a la demanda, solicitando la condena solidaria de Hostelería y Restauración Romo, S.L., y Food Burger XXL, S.L., por sucesión empresarial, pues concurre un mismo domicilio, misma actividad y traspaso de trabajadores en bloque. El 19-7-16 concurre baja en una empresa el 20-7-16 el alta en la otra empresa, pasando 22 trabajadores de una a otra empresa.

Solicitó el recibimiento del juicio a prueba.

Por la parte demandante, en contestación a la excepción de Falta de legitimación pasiva, se alegó que el motivo de demandar a Burger King España, S.L.U. era el desconocimiento de relación de la empresa demandada que despide con esta empresa, pues se alude a la retirada del uso de la marca, pero la empresa se publicita con el nombre BURGER. La nueva empresa Food Burger XXL, S.L., ya no se publicita con ese nombre.

Tercero.- Recibido el juicio a prueba por la que suscribe, se propusieron las siguientes pruebas:

Por la empresa demandada Burger King España, S.L.U.: Documental consistente en 8 documentos aportados en el acto del juicio (una vez fueron retiradas las SSTT aportadas a efectos ilustrativos como documentos 1, 2, 3 y del 10 al 13), que quedaron fuera del ramo de prueba.

Por el Fogasa: Documental consistente en 4 documentos.

Por la parte demandante: Documental consistente en 28 documentos aportados en el acto del juicio e Interrogatorio de las empresas demandadas Hostelería y Restauración Romo, S.L., y Food Burger XXL, S.L.

Admitidas las pruebas propuestas, se practicaron en el acto del juicio, con el resultado obrante en las actuaciones y derivándose de las mismas la relación de hechos probados, que se desarrollará más adelante, quedando los autos vistos para sentencia, tras la formulación por la parte demandante y demandadas que comparecieron, de sus conclusiones que elevaron a definitivas, y solicitó en ese momento la extinción de la relación laboral para el caso de la estimación de la demanda, al constar cerrada la empresa, con efectos del despido.

Cuarto.- En la tramitación del presente procedimiento, se han observado las prescripciones legales, excepto los plazos procesales de señalamiento, por las causas indicadas en el antecedente de hecho segundo, y por el volumen de asuntos y señalamientos existentes en este Juzgado, y el plazo para dictar sentencia por esta última causa.

Hechos probados

Primero.- La demandante doña Elisabeth Ruiz Marti, con DNI núm. 23.299.931-B ha venido prestando servicios para la empresa Hostelería y Restauración Romo, S.L., con CIF B-85038362, dedicada a la actividad de Hostelería, con las siguientes circunstancias: Antigüedad desde 1-5-10 primeramente con contrato temporal, en la modalidad de eventual por circunstancias de la producción a tiempo parcial (502), con categoría profesional de Auxiliar de Rest. (Área 4), y desde 15-3-14 con contrato indefinido a jornada completa, contratada como Pinche, pero ejerciendo funciones de Encargada, con

retribución pactada de Convenio, percibiendo una retribución mensual bruta de 1.226,16 € incluidas prorratas de pagas extras y promedio diario de 40,31 € con prorrata de pagas extras.

Segundo.- A la demandante le fue notificada en fecha 20-7-16 carta de extinción de relación laboral o de despido por causas objetivas de la misma fecha y con la misma fecha de efectos, del siguiente tenor literal:

“Esta empresa se ve en la necesidad de amortizar el puesto de trabajo para el cual fue contratado, cuyas funciones vienen siendo realizadas por Vd., al así autorizarlo el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores. En su consecuencia, el contrato que nos une quedará extinguido el día 20/07/2016.

La amortización y subsiguiente desaparición del referido puesto obedece a las siguientes razones:

Que con fecha 19 de junio de 2015, el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 61 de Madrid, despachó ejecución requiriendo, para que en el plazo de 1 mes, se procediera a cesar la utilización de la marca y derecho de propiedad de Burguer King, y el cierre y cese en la actividad de los restaurantes Burguer King.

En base al recurso presentado por esta parte, se dicta auto de fecha 03/03/2016, confirmando el despacho de ejecución.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, procedemos a:

1.º- Hacerle entrega de esta comunicación escrita.

2.º- La cantidad de 5.026,25.-€. (no 6.866,40 como se indica en demanda) en concepto de indemnización, por el equivalente a 20 días de salario por año de servicio, con la aplicación del tope legal de 12 mensualidades (art.53.lb del ET), que dada la situación económica de la empresa, no es posible hacer efectiva en este acto”.

No consta tampoco abonada la indemnización con posterioridad a la fecha del despido.

Tercero.- El Convenio Colectivo por el que se regía la relación laboral era el Convenio Colectivo de Hostelería de la Región de Murcia.

Cuarto.- La empresa demandada Hostelería y Restauración Romo, S.L., con CIF B-85038362, dedicada a la actividad de Hostelería, consta haber causado baja en TGSS en fecha 27-7-16 en el CCC 28/16604489, correspondiente a actividad en centro de trabajo sito en Madrid, C/ Reina Mercedes n.º 20, 28028, y en fecha 2-11-16 en el CCC 30/1162800922, correspondiente a actividad en centro de trabajo sito en Murcia, C/ Juan Carlos I, n.º 81, 30812 de Lorca (Murcia) y no constando trabajadores a ninguna de esas fechas, de alta en la empresa.

A fecha 27-6-16, y según datos del Registro mercantil, constaba como administrador único de la empresa don Antonio Gómez de la Peña, y constando nombramiento de dos apoderados en fechas 7-7-10 y 14-4-11, doña Diana Moreno Puente y don Lázaro Moreno Pérez respectivamente.

El domicilio social de la citada empresa, según datos de registro informático de la TGSS y del Registro mercantil, tanto en uno como en otro CCC, figura en C/ Londres (Polígono Industrial Europolis) n.º 38 (Edificio Bruselas), 28230 y 28231, Las Rozas (Madrid).

La empresa demandada Food Burger XXL, S.L., con CIF B-73927758, dedicada a la actividad de Hostelería, consta haber causado alta en TGSS en el CCC 30/128621948, correspondiente a actividad en centro de trabajo sito en Murcia, C/ De Enmedio, Centro Comercial Parque Almenara, s/n, 30800 de Lorca (Murcia), en fecha 1-7-16, con 25 trabajadores a esa fecha, y 27 a fecha 17-11-16.

El domicilio social de la citada empresa, según datos de la TGSS coincide con el correspondiente al de la actividad, y según datos del Registro Mercantil está sito en Camino de Enmedio, s/n-Diputación Campillo Centro de Lorca (Murcia). Consta haber dado comienzo a sus operaciones el 15-6-16, según datos del Registro mercantil.

A fecha 7-7-16, y según datos del Registro mercantil, constaba como administrador único de la empresa Food Burger XXL, S.L., D. José Antonio Muñoz Verdú.

Quinto.- La empresa demandada Hostelería y Restauración Romo, S.L. (en calidad de Licenciataria) suscribió con la mercantil, Burger King Europe, G.M.B.H. (en calidad de Licenciante o BKE), 2 Contratos de Concesión de Licencia, mediante el sistema de "Uso de Franquicia" (en fecha 1-2-08 y 6-11-08), por el que Burger King Europe, G.M.B.H. facilitó Licencia para el uso del "Sistema Burgen King" y las "marcas Burger King" a Hostelería y Restauración Romo, S.L. en la explotación de Restaurante Burgen King en el emplazamiento, a cambio de pago inicial de un Canon de entrada y de Royalty, calculado en la forma establecida en los contratos.

Burger King Europe, G.M.B.H. es a su vez licenciataria en exclusiva de marcas y signos distintivos Burgen King, ó Home Of The Whopper, registradas ante la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América, y además propietaria o licenciataria exclusiva, de otras marcas y signos distintivos autorizados para su uso en restaurantes Burger King en Europa, Medio Oriente y África (EMEA) (en adelante marcas Burgen King).

Burger King España, S.L.U. con CIF B7811238 y con domicilio en Pozuelo de Alarcón (Madrid), 26, Ática VII, Edificio 7 es agente en España de Burger King Europe, G.M.B.H., autorizada según la cláusula 23 de los contratos, a recibir y tratar datos de carácter personal proporcionados por el Franquiciado o licenciataria (Hostelería y Restauración Romo, S.L.) incluidos en "fichero automatizado" titularidad de la Sociedad con la finalidad del cumplimiento y gestión de forma adecuada de las relaciones con el Licenciataria.

El Franquiciado o licenciataria (Hostelería y Restauración Romo, S.L.), según la citada cláusula 23, página 44 podía acceder a dicho fichero, con la finalidad de ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición respecto de sus datos personales, dirigiendo a tal fin comunicación escrita a la Sociedad Burger King España, S.L.U.

Se conoce que hay contrato de trabajo, y hay falta de control sobre esa contratación, por la Cláusula 11.6 página 23 de los Contratos de Franquicia "El Licenciante no tendrá control alguno sobre los términos y condiciones de contratación de los empleados del Licenciataria".

Por sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia Nº 61 de Madrid de 21-7-14 dictada en proceso 236/14, se estimó la demanda interpuesta por Burger King Europe, G.M.B.H. y Burger King General Service Company, S.L., frente a Hostelería y Restauración Romo, S.L., en solicitud de Resolución de los contratos

de Franquicia "Burger King" suscritos entre la citada empresa y Burger King Europe, G.M.B.H. para explotar 5 Restaurantes a los que se refería la demanda, declarando la citada sentencia resueltos los contratos, y declarando también el cese inmediato en la utilización de la marca y derechos de propiedad industrial de la demandante, condenando a la demandada al abono de determinadas cantidades a Burger King Europe, G.M.B.H. por Royalties y a Burger King General Service Company, S.L. por publicidad.

La sentencia fue recurrida en Apelación por Hostelería y Restauración Romo, S.L. y confirmada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9.ª de 23-4-15 (en Recurso de Apelación 29/2015).

Por Auto de 19-6-15 del mismo Juzgado de 1.ª Instancia Nº 61, se acordó el Despacho de Ejecución en cuanto a las cantidades objeto de condena declaradas en la sentencia y en cuanto al cese inmediato en el uso de marcas y derechos de propiedad industrial de Burger King Europe, G.M.B.H. así como en cuanto al cierre y cese de la actividad en los Restaurantes Burger King sitios en:

* Nº 15.285 sito en el Centro Comercial Vega Plaza, local A-02, Molina de Segura (Murcia).

* Nº 16.285 sito en el Centro Comercial Plaza Mayor de Xátiva (Valencia).

* Nº 14.868 sito en la Avenida Juan Carlos I, n.º 81 de Lorca (Murcia).

* Nº 14.6126 sito en la Carretera de Albalat, Centro Comercial El Punt de Alzira (Valencia).

* Nº 16.842 sito en el Centro Comercial Lorca 2, Autovía Lorca-Águilas (Murcia).

En fecha 15-7-15 la empresa demandada Hostelería y Restauración Romo, S.L. se opuso al despacho de ejecución, siendo desestimados los motivos de oposición por auto del Juzgado de 1.ª Instancia Nº 61 de Madrid, que recurrido en apelación, fue confirmado por Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 30-3-16.

Sexto.- La empresa demandada Hostelería y Restauración Romo, S.L. en el periodo comprendido entre 1-1-16 y 2-11-16 y en el CCC 30/1162800922, correspondiente a actividad en centro de trabajo sito en Murcia, C/ Juan Carlos I, Nº 81, 30812 de Lorca (Murcia), tuvo en alta un total 72 trabajadores/as entre temporales e indefinidos, de los/as que 20 causaron baja en la empresa en fecha 19-7-16, 19 causaron baja en la empresa en fecha 20-7-16, y el resto con anterioridad a esas fechas, salvo 1 que causó baja el 2-11-16.

Del total de trabajadores que causaron baja en la empresa demandada Hostelería y Restauración Romo, S.L. en el año 2016, 22 fueron dados de alta en la empresa Food Burger XXL, S.L.

De esos 22, 19 habían causado baja en la empresa demandada Hostelería y Restauración Romo, S.L. el 19-7-16, y fueron dados de alta en la empresa demandada Food Burger XXL, S.L. al día siguiente 20-7-16.

Y 2 trabajadores de los que causaron baja en la empresa demandada Hostelería y Restauración Romo, S.L. el 20-7-16, causaron alta en esa misma fecha en la empresa Food Burger XXL, S.L.

Una de ellas fue la trabajadora demandante doña Elisabeth Ruiz Marti, sin que conste que le fuera notificada la subrogación por ninguna de las dos empresas, ni su consentimiento a la misma, y siendo dada de baja el mismo

día 20-7-16, desconociéndose la causa del alta y de la baja cursada. El otro trabajador fue D. Emilio Zambrana Flecher que causó baja en la empresa Food Burger XXL, S.L. el 8-11-16.

Otros 2 trabajadores de ese total de 22, causaron alta en la empresa demandada Food Burger XXL, S.L. más de 4 meses después de su cese en la empresa Hostelería y Restauración Romo, S.L., pues su alta se produjo en fecha 16-9-16 y 14-11-16 (D. Jesús Navarro Guevara y D.ª Mayra Flor Morán Villamar) respectivamente, y habían causado baja en la empresa Hostelería y Restauración Romo, S.L. en fecha 23-4-16 y 20-7-16 respectivamente.

Consta un ejemplar de carta de notificación de la subrogación de la empresa Food Burger XXL, S.L., en los derechos y obligaciones que tenía los trabajadores en la empresa Hostelería y Restauración Romo, S.L. no constando a cuantos trabajadores les pudiera haber sido remitida la misma, constando tanto en la carta de notificación de alta en Food Burger XXL, S.L. como en la carta de notificación de su cese en la empresa Hostelería y Restauración Romo, S.L., la misma firma puesta a nombre de una y otra empresa, pero sin que conste quien haya puesto esa firma, ni la firma de ningún trabajador en los ejemplares aportados, ni coincidiendo la firma que aparece con los contratos suscritos entre Hostelería y Restauración Romo, S.L. y la demandante, ni en algunas de las nóminas aportadas por la trabajadora demandante.

Séptimo.- Con fecha 24-8-16 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el S.C.S.R.L. en reclamación por despido y cantidad, instado el día 25-7-16 con el resultado de intentado sin efecto.

Fundamentos de Derecho

Primero.- Se ha llegado a la convicción de los hechos que se declaran probados a través de la prueba documental de parte demandante, de la obtenida de la TGSS y del Registro Mercantil a través de soporte informático por el SCOP, de la documental aportada por la empresa demandada que compareció Burger King España, S.L.U., y por el Fogasa, de todo lo que se acreditan los hechos relativos a antigüedad, categoría, salario percibido por la trabajadora, existencia de despido escrito basado en causas objetivas, con fundamento en el Art. 52.c) en relación al Art. 51.1 del ET, situación de baja de empresa en TGSS el 2-11-16 tras el despido, y los demás hechos relativos al traspaso de aproximadamente la mitad de la plantilla de trabajadores que causó baja entre 19 y 20 de julio de 2016 en la empresa Hostelería y Restauración Romo, S.L. a la empresa Food Burger XXL, S.L.

El impago de la indemnización, a través de la facultad otorgada al juzgador por el Art. 91.2 de la L.R.J.S. para el caso de incomparecencia de la persona física o legal representante de persona jurídica cuyo interrogatorio o prueba de confesión hubiese sido solicitada y admitida.

En el presente caso, corresponde acreditar a la empresa demandada las causas en que se basa la extinción de la relación laboral conforme al art. 217 de la LEC y 122.1 de la LRJS, y el cumplimiento de los requisitos formales a que se refiere el Art. 53.1 del ET, conforme al Art. 122.3 de la LRJS, y también le corresponde probar haber procedido al abono de la indemnización legal por despido, y en su caso la falta de liquidez o imposibilidad para proceder a la puesta a disposición o abono de la misma.

A la parte demandante le corresponde acreditar las circunstancias derivadas de la relación laboral, antigüedad, categoría y salario, que han quedado acreditadas en la forma antes indicada.

La parte demandante impugna el despido alegando que la carta de despido no cumple requisitos de forma, como falta de entrega de indemnización y documentación, falta de preaviso y falta de acreditación del motivos alegados.

Y en cuanto a la llamada al proceso de las restantes empresas, la fundamenta la parte demandante en cuanto a Food Burger XXL, S.L. "Best Burger" en el hecho de que se había tenido conocimiento de la constitución de dicha empresa, y que la misma tiene el mismo domicilio que Hostelería y Restauración Romo, S.L. funcionando esta última con una nueva denominación "best burger".

La empresa demandada que compareció Burger King España, S.L.U. y el Fogasa, se opusieron por las causas que constan en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia.

Segundo.- En primer lugar y en cuanto a las causas alegadas por la empresa demandada Hostelería y Restauración Romo, S.L. para proceder al despido en la comunicación remitida a la parte demandante, con la documental aportada por la demandada Burger King España, S.L.U. ha quedado acreditada la causa alegada en la Carta de despido para proceder al cese de la actividad, que fue la ejecución de la sentencia que declaró resueltos los contratos de licencia, con el efecto aparejado de cese en el uso de marcar y derechos de propiedad industrial de Burger King Europe, G.M.B.H. así como la necesidad de proceder al cierre y cese de la actividad en 5 Restaurantes Burgen King explotados por la empresa demandada, y entre otros, el n.º 14.868 sito en la Avenida Juan Carlos I, n.º 81 de Lorca (Murcia). Se cumple también el requisito de comunicación escrita, y se indica que no se pone a disposición la indemnización por dificultades económicas, Pero no se abonó la indemnización legal tampoco con posterioridad a la fecha de efectividad del despido, ni se acredita por la demandada que procedió al despido de la trabajadora la imposibilidad o falta de liquidez para proceder al abono de la indemnización, ni se han cumplido otros requisitos exigidos para el cese de la totalidad de la plantilla, que hubiera requerido acudir a los trámites del despido colectivo.

Como se ha dicho, no se han cumplido por la empresa todos los requisitos formales para proceder a la extinción de la relación laboral.

No siendo así, hay considerar improcedente la decisión de la empresa de proceder al despido, lo que lleva a la estimación de la demanda, en base a lo establecido en los Arts. 53.3, 53.4, 51.1, párrafo segundo todos ellos del ET en la redacción vigente a fecha del despido dada por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, con entrada en vigor el 24-10-15, en relación al art. 122.1 de la LRJS, art. 56 del ET, y Disposición transitoria undécima del ET en su nueva redacción, que respecto de la indemnización por despido improcedente determina, al igual que la disposición transitoria quinta de Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 7-7-12), con entrada en vigor el 8-7-12 y la D.T.ª 5.ª del Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero, el cálculo de la indemnización a razón de 45 días/año para el tiempo de prestación de servicios hasta 12-2-12 (fecha de la entrada en vigor del RDL 3/2012) y a razón de 33 días/año el tiempo de prestación de servicios por contratos formalizados posteriormente a esa fecha, prorrateándose

igualmente por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y sin que el importe indemnizatorio resultante pueda ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará este como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

Por todo lo expuesto procede la estimación de la demanda en cuanto a la acción por despido planteada.

Tercero.- En cuanto a si concurre responsabilidad de las empresas codemandadas en el despido, se alegó falta de legitimación pasiva "Ad causam" por la demandada Burger King España, S.L.U., al no haber mantenido relación contractual con la empresa demandada Hostelería y Restauración Romo, S.L., ni con los trabajadores de la misma.

La alegación debe ser estimada y debe ser absuelta la citada empresa de todos los hechos alegados en la demanda y de los pedimentos de la misma, a la vista de los hechos que han quedado acreditados por la empresa demandada, pues la citada empresa no tuvo otra relación con los contratos de Licencia, que la de actuar de agente de la empresa Burger King Europe, G.M.B.H. en la gestión del fichero de datos de carácter personal, y recepción de comunicaciones que en relación al mismo pudiera haberle dirigido la empresa demandada Hostelería Y Restauración Romo, S.L. Por lo que no debería haber sido llamada al proceso, al carecer de responsabilidad en los efectos del despido.

La que mantuvo relación mercantil con Hostelería y Restauración Romo, S.L., fue Burger King Europe, G.M.B.H., a través de los contratos mercantiles de Licencia para uso de marcas y sistema Burgen King, mediante el sistema de Franquicia, y que ya quedaron resueltos, y sin que conforme a los mismos tampoco se estime que hubiera procedido la llamada al proceso de la empresa franquiciadora o Licenciante mencionada, que concedió Licencia en virtud, del uso de licencia en exclusiva que poseía para Europa, Oriente Medio y África.

Cuarto.- Por último y en cuanto a si concurre responsabilidad en el despido de la demandante, de la empresa Food Burger XXL S.L. "Best Burger", su llamada al proceso se basó en el hecho de que se había tenido conocimiento de la constitución de dicha empresa, y que la misma tiene el mismo domicilio que Hostelería Y Restauración Romo, S.L. funcionando esta última con una nueva denominación "best burger".

Pues bien, lo único acreditado es que esta última empresa traspasó parte de la plantilla de sus trabajadores despedidos entre 19-7-16 y 20-7-16 (casi la mitad de la plantilla que mantenía en alta en el mes de julio) a la empresa Food Burger XXL S.L. que desarrolla actividad con la denominación de "Best Burger", en el centro de trabajo sito en Murcia, C/ de Enmedio, Centro Comercial Parque Almenara, s/n, 30800 de Lorca (Murcia), y que se constituyó en fecha 1-7-16, con 25 trabajadores a esa fecha, y 27 a fecha 17-11-16, de los que 22 procedían de la anterior empresa Hostelería y Restauración Romo, S.L., pero habiendo pasado sin solución de continuidad de una a otra empresa, solo 20 de esos 22, pues 2 de ellos fueron dados de alta más de 4 meses después, a su cese en anterior empresa.

Consta que la trabajadora demandante fue dada de alta y de baja en la misma fecha de su despido, 20-7-16, por la empresa Food Burger XXL S.L., y sin que conste que se le notificara la subrogación, ni que la misma la conociese

ni prestara su consentimiento a la misma, ya que ni siquiera lo mencionó en la demanda, debiendo presumirse que su alta en Food Burger XXL S.L, el mismo día en que causó baja en la empresa Hostelería y Restauración Romo, S.L., debió tratarse de un mero error, que luego se corrigió.

Con la prueba documental aportada por la parte demandante y por el Fogasa, no queda acreditado, ni que se de la situación de Grupo de empresas, ni que concurra una sucesión empresarial del Art. 44 del ET, que obligue a la empresa demandada Food Burger XXL S.L. a hacerse cargo del despido de la demandante, pues no queda acreditado que ambas empresas tengan la misma composición, domicilio social ni la continuidad de actividad por la nueva empresa en el mismo domicilio en que venían prestando sus servicios los trabajadores. Y ello, a pesar de la similitud del aspecto y nombre del local, según fotografías aportadas, que evidencian que ambos locales no se corresponden a una misma fachada de un mismo edificio, ni por consiguiente se encuentran en el mismo domicilio o centro de trabajo.

El domicilio social de la citada empresa Food Burger XXL S.L., según datos de la TGSS coincide con el correspondiente al de la actividad, y según datos del Registro Mercantil está sito en Camino de Enmedio, s/n-Diputación Campillo Centro de Lorca (Murcia).

La prueba documental aportada por la parte demandante, de consulta de perfil comercial de empresa, obtenida de páginas de internet, no puede prevalecer sobre otra documental de carácter oficial obtenida de Registros públicos por vía electrónica por el SCOP, de la que se desprende que las empresas demandadas no comparten ni domicilio social ni centro de trabajo, ni mismos administradores. Y tampoco se acredita idéntica composición, o mismos socios.

Como establece la sentencia de la Sala del TSJ de Madrid de 17-6-13, con cita de otras sentencias que sintetizan su doctrina (entre otras las de 14-7-2008, rec. 2089/08, 13-11-09, rec. 4324/09, y 2-3-12, rec. 5806/2011) "los distintos supuestos de subrogación empresarial, asumiendo la patronal entrante los derechos y obligaciones de la empresa saliente, se reconducen en la actualidad a los siguientes:

A). Art. 44 del ET EDL1995/13475, reformado al compás de las Directivas comunitarias e interpretación de la jurisprudencia del TJCE, condicionado al requisito subjetivo de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y al objetivo de la entrega o aporte de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas para la continuidad de la actividad productiva.

B). Sucesión empresarial por disponerlos los pliegos de concesiones administrativas, cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos previstos en los mismos.

C). Subrogación empresarial convencional por así disponerlo los Convenios colectivos, aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales, contrayéndose a los casos expresadamente pactados y en tanto se hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos en la norma estipulada para que surta efecto, no dándose si se incumpliera alguno de ellos (SSTS 10-12-97, 9-2 y 31-3-1998, 30-9-99 y 29-1-2002).

D). Sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del art. 44 del ET EDL1995/13475,

supuesto a que hace méritos una copiosa jurisprudencia del TS referida a las empresas de handling, (por todas STS 29- 2-2000), que constituye una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art. 1205 del Código Civil EDL1889/1.

E) Sucesión de plantillas, aun no dándose tampoco los presupuestos del art. 44 del ET EDL1995/13475 ni prever la subrogación el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones, figura esta nacida de la jurisprudencia del TJCE, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo (asumir por ejemplo la empresa entrante dos trabajadores sobre un total de seis, STS de 25-1-2006), como cualitativo (STSJ de Castilla-León de 31-10-2007), siempre que la actividad productiva descansa esencialmente en la mano de obra. Aquí, la organización productiva, es la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados, y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad. Este supuesto ha sido aceptado por la Sala Cuarta del TS en su sentencia de 27-10-2004, (aun suscitando en la misma ciertas "reservas", entre otras razones, "por el efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger"), ya que la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el TS que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece".

En el presente caso, el traspaso de algunos trabajadores de una empresa a otra, teniendo en cuenta las únicas circunstancias concurrentes que se acreditan, debe entenderse producido por mero acuerdo entre partes, empresa Hostelería y Restauración Romo, S.L. y empresa FOOD BURGER XXL S.L., a la que debían también prestar su consentimiento los trabajadores traspasados, pero producido fuera de los supuestos contemplado de sucesión empresarial.

Y la trabajadora, como se ha dicho, ni conocía que fuera a ser subrogada, ni consta prestado su consentimiento, ni nada se le notificó, por lo que no procede establecer responsabilidad alguna de la empresa demandada Food Burger XXL S.L., en el despido de la trabajadora, al no darse ninguno de los supuestos legales o jurisprudenciales en los que procede la sucesión empresarial, más allá de un mero acuerdo entre las dos empresas o de la que contrata tras el despido con los trabajadores, de traspasar a algunos trabajadores despedidos de una a otra empresa.

Por tanto, las codemandadas debe quedar absueltas de la demanda.

Quinto.- Respecto a la reclamación formulada contra el Fogasa, la responsabilidad que puede alcanzar a dicho Organismo queda sujeta a la concurrencia de los supuestos en que procede declaración de su responsabilidad, a tenor de lo dispuesto en los Arts. 33 de la L.E.T., 14 del RD.505/85 de 6 de marzo, sobre Organización y Funcionamiento de dicho Organismo, y Arts. 23, 276 y 277 de la LRJS.

Sexto.- Por último, no obstante encontrarse la empresa para la que prestaba servicios la demandante, sin actividad, y dada de baja en TGSS a fecha del juicio, no habiéndose ejercitado opción por la extinción de la relación laboral en el

mismo acto del juicio por ninguna de las partes, conforme a lo previsto en el Art. 110 de la LRJS, en su redacción dada por Ley 3/2012 de 10 de febrero, y por Ley 3/2012 de 6 de julio, no procede declarar extinguida la relación laboral que ligaba a las partes en este momento, a diferencia de lo acordado en otras sentencias dictadas por este mismo Juzgado frente a la misma empresa demandada.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Fallo

Que estimando parcialmente la demanda formulada por D.^a Elisabeth Ruiz Marti frente a la empresa Hostelería y Restauración Romo, S.L., frente a la empresa Food Burger XXL, S.L., frente a la empresa Burger King España, S.L.U. y frente al Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), y estimando la acción por despido ejercitada, declaro improcedente el despido de parte demandante producido con efectos desde 20-7-16, condenando a la empresa demandada Hostelería y Restauración Romo, S.L., a que a su elección, que deberá ejercitar ante este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución, proceda a la readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de su despido, o bien a la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en la empresa, con abono de indemnización en este último caso por importe de 9.136 €, entendiéndose de no ejercitar la opción en el plazo indicado, que opta por la readmisión y en este caso, con abono de los salarios de trámite que pudieran devengarse a razón del salario diario declarado probado de 40,31 €/día, desde el día siguiente a la fecha de efectos del despido, hasta la notificación de la presente resolución, o hasta que haya encontrado un nuevo empleo la trabajadora, si tal colocación fuese anterior a la fecha de esta sentencia y se prueba por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de trámite, y en su caso los que pudieran seguir devengándose desde la fecha de notificación de sentencia.

Y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria que pudiera corresponder al Fogasa, en el abono de las citadas cantidades, con absolución de la demanda de las empresas codemandadas Food Burger XXL, S.L., y Burger King España, S.L.U.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma legalmente establecida, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que deberá ser anunciado dentro de los cinco días hábiles siguientes al de notificación de esta sentencia conforme a lo previsto en los Arts. 190 y siguientes de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción social.

Adviértase igualmente a la parte recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del Régimen Público de Seguridad Social, o causahabiente suyos, o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300 € (Art. 229 y D. T.^a Segunda, punto 1 de Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la jurisdicción social) en la cuenta abierta en Banesto, oficina de Avda. Libertad s/n, Edificio "Clara", en Murcia, CP 30.009, a nombre del este Juzgado con el núm. 3094-0000-65-0524-16, acreditando mediante la presentación del justificante de ingreso en el periodo comprendido hasta la formalización del recurso así como, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, consignar en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en Banesto, en la misma oficina, a nombre de este juzgado, la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario por dicha



cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a este Juzgado en el anuncio de recurso. En todo caso, el recurrente deberá designar Letrado o Graduado Social para la tramitación del recurso, al momento de anunciarlo.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos principales, lo pronuncio, mando y firmo, debiendo remitirse los presentes autos al Servicio Común correspondiente a efectos de continuación de trámites desde sentencia.

Y para que sirva de notificación en legal forma a "Food Burguer XXL SL", en ignorado paradero, expido el presente para su inserción en el Boletín Oficial de Murcia.

Se advierte al destinatario que las siguientes comunicaciones se harán fijando copia de la resolución o de la cédula en el tablón de anuncios de la Oficina judicial, salvo el supuesto de la comunicación de las resoluciones que deban revestir forma de auto o sentencia, o cuando se trate de emplazamiento.

En Murcia, 3 de enero de 2018.—La Letrado de la Administración de Justicia.