



Roj: **STS 4131/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4131**

Id Cendoj: **28079140012016100675**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2016**

Nº de Recurso: **1935/2014**

Nº de Resolución: **695/2016**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AR 1160/2013,**
STS 4131/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de julio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Eladio representado y asistido por la letrada D^a. Cristina Millara Martínez, contra la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2013 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en recurso de suplicación nº 375/2013, interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de octubre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Zaragoza, en autos núm. 214/2012, seguidos a instancias de D. Evelio contra D. Eladio, D. Franco y Transportes Alcaine SL sobre Despido. Ha comparecido como parte recurrida D. Evelio representado y asistido por el letrado D. Javier Checa Bosque.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 24 de octubre de 2012 el Juzgado de lo Social nº 2 de Zaragoza dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- El actor D. Evelio prestó servicios para la empresa Carmelo Alcaine Reinao desde el 7-11-2000 con la categoría profesional de conductor y salario de 1.861,50 euros mensuales, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias. No ostenta ni ha ostentado la representación de los trabajadores ni es afiliado a sindicato.

2º.- La empresa demandada comunico al actor con fecha 4-2-2012 y efectos de 22-2-2012 que quedaría rescindido su contrato por jubilación del empresario, quedando a su disposición la indemnización de un mes.

3º.- D. Eladio solicitó la jubilación con fecha 6-2-2012, siéndole concedida por resolución del INSS de fecha 2-3-2012, con efectos de 1-3-2012.

4º.- Eladio estaba afiliado al RETA y ejercía la actividad de transportista con trabajadores por cuenta ajena, teniendo cabezas tractoras y semirremolques de su propiedad, y la autorización de circulación del transportista. Franco, hijo del anterior, estaba, igualmente afiliado al RETA y ejercía la actividad de transportista con trabajadores por cuenta ajena, teniendo cabezas tractoras y semirremolques de su propiedad, teniendo la autorización de transportista. Con fecha 30-6-1989 ambos constituyeron la sociedad Transportes Alcaine S.L., aportando Eladio la autorización para el establecimiento de Agencia de Transporte de Carga Completa (ATC), siendo el objeto de la sociedad: "el transporte de todo tipo de mercancías por carretera, ferrocarril o por cualquier otra vía. Y cuantas actividades sean preparatorias, accesorias



o complementarias de las expuestas o bien que directa o indirectamente estén relacionadas". Siendo administrador único D. Eladio .

5º.- El actor prestaba servicios como conductor conduciendo exclusivamente las cabezas tractoras de las que era titular D, Eladio , las que transportaban semirremolques de Eladio o de Franco . Las nóminas le eran abonadas por Eladio . La sociedad Transportes Alcaine S.L desempeñaba la actividad de agencia de transportes y de transportista, aun cuando no tenía vehículo alguno, ni conductores, desempeñando las funciones de jefe de tráfico D. Franco , quien daba instrucciones de la carga a transportar al actor. Como agencia de transportes encargaba el transporte a algún transportista y facturaba al cliente, abonando al transportista el transporte, teniendo diversos clientes, y encargando el transporte , no sólo a Eladio y Franco , sino a también a otros transportistas, aunque mayoritariamente lo hacían los socios antes citados. Pero también la sociedad desempeñaba funciones de transportista directo, empleando a los trabajadores y los vehículos, cabezas tractoras de los socios (documentos 5 y 6 del ramo de prueba de la parte actora). El trabajador D. Salvador , causó baja en la empresa Carlos Alberto Alcaine, y alta en la empresa Carmelo Alcaine el 10-3-2011. El trabajador Urbano causó baja en la empresa Carmelo Alcaine el 29-10-2007 y alta en Carlos Alberto Alcaine el 30-10- 2007.

6º.- El actor presentó papeleta de conciliación con fecha 24-2-2012 contra Eladio y Franco , alegando que el empresario real era Franco existiendo además cesión ilegal de trabajadores. Celebrado acto de conciliación resultó sin avenencia. Interpuesta demanda con fecha 6-3- 2012, contra los antes citados, se invocó que recibía órdenes de Franco , conduciendo tractora de Eladio y semirremolque de Franco , invocando la existencia de cesión ilegal o en su caso grupo de empresas. Con fecha 12-3-2012 amplió la demanda contra Transportes Alcaine S.L. ampliando los hechos en los términos que constan en el folio 8 de los autos, e invocando la existencia de cesión ilegal o de grupo de empresas.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que estimando como estimo la demanda interpuesta por D. Evelio contra las empresas demandadas Eladio , Franco y Transportes Alcaine S.L., debo declarar y declaro improcedente el despido del actor condenando solidariamente a las empresas demandadas a que procedan a la inmediata readmisión del actor en las mismas condiciones precedentes al despido, o a ejercitar en su caso en el plazo de cinco días la opción indemnizatoria, abonando al actor en concepto de indemnización la cantidad de 31.645,5 euros, y en todo caso al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido 22-2-2012 hasta la notificación de la sentencia a razón de 62,05 euros diarios.».

Con fecha 7 de noviembre de 2012, se dictó por el Juzgado de lo Social nº 2 de Zaragoza auto de aclaración de la referida sentencia en el que aparece la siguiente parte dispositiva: «No haber lugar a la aclaración de la sentencia dictada con fecha 24-10-12 ».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Eladio , D. Franco y Transportes Alcaine S.L. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, la cual dictó sentencia en fecha 25 de septiembre de 2013 , en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos los recursos de suplicación, seguidos con el nº 375 de 2013, ya identificados antes, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida. Con imposición a las recurrentes de las costas de sus recursos, incluidos los honorarios del Letrado impugnante en cuantía de 500 euros por cada impugnación. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, el cual se ingresará en el Tesoro Público. Se mantienen los aseguramientos prestados, hasta que la parte condenada cumpla la sentencia o hasta que en cumplimiento de la misma se resuelva sobre la realización de dichos aseguramientos.».

TERCERO.- Por la representación de D. Eladio se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 26 de mayo de 2014. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en fecha 23 de enero de 2013 y del TSJ de Extremadura en fecha 17 de mayo de 2013 .

CUARTO.- Con fecha 16 de julio de 2015 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida personada para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de que el recurso debe ser desestimado en cuanto al primer motivo y estimado en cuanto al segundo, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de julio de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Objeto del recurso.



Contra la sentencia que confirma la sentencia de instancia que declaró improcedente el despido del actor por la jubilación del empleador, trabajador autónomo, y condena, solidariamente, al mismo, a su hijo, trabajador autónomo con la misma actividad, y a una sociedad limitada constituida por ambos con similar actividad, a la readmisión, salvo que optaran en plazo legal por la extinción indemnizada en cuantía de 31.645'5 euros, más los salarios de trámites desde la fecha del despido el 22-2-2012, se interpone el presente recurso que consta de dos motivos: uno encaminado a combatir la improcedencia del despido y la condena solidaria y el otro la condena al pago de los salarios de tramitación.

SEGUNDO. Sobre la existencia de un grupo de empresas ilícito o anómalo que justificaría la condena solidaria y la improcedencia del despido.

1. Sobre el particular la sentencia recurrida contempla el caso de dos trabajadores autónomos padre e hijo, que tenían trabajadores por cuenta ajena y se dedicaban a la misma actividad, el transporte de mercancías, al igual que una sociedad limitada constituida por ambos y de la que era administrador único el padre siendo el hijo el jefe de tráfico, condición por la que daba instrucciones de los transportes a realizar, incluso a los empleados del padre, aunque a veces contrataba a otros transportistas. Como la mercantil no tenía cabezas tractoras, ni semirremolques, cuando desempeñaba funciones de transportista directo, empleaba los vehículos de sus socios y a los trabajadores de los mismos. La existencia de esa confusión de patrimonios y de plantillas, así como la unidad de dirección, han sido las razones por las que la sentencia recurrida ha estimado que existía un grupo de empresas confuso, lo que comportaba la improcedencia del despido por causa concurrente en sólo uno de los empleadores y la responsabilidad solidaria de todas las empresas.

2. Para viabilizar el motivo del recurso que combate la improcedencia del despido y la condena solidaria de las demandadas por no existir un grupo de empresas "patológico", se trae la sentencia dictada el 23 de enero de 2013 (RS 5224/2012) por el TSJ de Galicia con el fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que condiciona la admisión de este recurso extraordinario, conforme al artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS).

La sentencia de contraste contempla el caso del despido de un trabajador al servicio de una empresa perteneciente a un grupo de empresas, pero, a la vista de la prueba practicada, concluye que el mismo era empleado de esa empresa y no del grupo, por cuanto este no era el resultado de una ficción, ya que no existía una unidad productiva única, ni unidad de dirección, ni confusión de plantillas, ni de patrimonios, ni unidad de caja, razones todas por las que concluía que el grupo mercantil de empresas no era anómalo.

3. No puede estimarse que las sentencias comparadas sean contradictorias a los efectos del art. 219 de la LJS, por cuanto contemplan supuestos de hecho diferentes, lo que justifica que, aunque apliquen la misma doctrina, lleguen a soluciones jurídicas diferentes sobre la existencia de un "grupo de empresas patológico", al no existir, según la sentencia de contraste hechos indicativos de la existencia de una única empresa, cuales serían la confusión de plantillas, de patrimonios y la unidad de caja o de dirección, indicios que si concurren en el caso de la recurrida.

Las diferencias fácticas y jurídicas reseñadas muestran que no existe contradicción doctrinal, cual ha informado el Ministerio Fiscal, por no darse las identidades requeridas por el artículo 219 de la LJS, lo que justifica la desestimación del motivo del recurso examinado.

TERCERO.- Sobre el deber de abonar los salarios de tramitación.

1. La sentencia recurrida inaplica el RDL 3/2012, de 10 de febrero, sobre el deber de pagar los salarios de trámite, con base en que, al no decir nada al respecto el citado RDL, resulta de aplicación la transitoria primera del Código Civil, lo que conllevaría la aplicación del artículo 56 del ET en la redacción anterior a la vigencia del RDL 3/2012 por ser la norma en vigor al tiempo de acordarse y notificarse el despido el día 4 de febrero de 2012, aunque sus efectos se produjeran el 22 de febrero de 2012, esto es tras la vigencia del citado RDL.

La sentencia alegada como contradictoria, dictada el 17 de mayo de 2013 (RS 123/2013) por el TSJ de Extremadura, resuelve de forma diferente un supuesto similar: un despido, anunciado a finales de enero de 2012, dió lugar a la extinción de los contratos de dos trabajadoras el 29 de febrero siguiente, razón por la que la sentencia entendió que no se adeudaban salarios de tramitación por haberse producido el despido tras la vigencia del RDL 3/2012, norma aplicable al caso.

2. Las sentencias comparadas son contradictorias en los términos requeridos por el art. 219 de la LJS para la viabilidad del recurso, como ha informado el Ministerio Fiscal. En efecto, resuelven la misma cuestión, norma aplicable al devengo de los llamados salarios de tramitación de forma diferente, cuando el despido se anuncia antes de la vigencia del RDL 3/2012 pero el cese efectivo se produce después. El debate en ambos casos fue el mismo, determinar la norma aplicable, esto es, si se aplicaba el art. 56 del ET en la redacción que le dió el RD 3/2012 o si procedía aplicar ese precepto en su redacción anterior.



La contradicción existe porque la sentencia recurrida estima que se aplica la redacción vigente al tiempo de comunicarse el cese, mientras que la otra entiende que el despido se regula por la norma en vigor al tiempo de producirse el cese. Procede, por tanto, entrar a conocer del fondo del asunto y a unificar las doctrinas discrepantes reseñadas.

3. Se denuncia por la recurrente la infracción del art. 56-1 del ET en la redacción vigente al tiempo del cese.

Conviene, ante todo, recordar la doctrina de la Sala sobre los efectos del cese efectivo en el trabajo a raíz del despido que resume nuestra sentencia de 7 de diciembre de 2009 (Rcud. 210/2009) y reitera la más reciente de 19 de enero de 2016 (Rcud. 1777/2014). En la primera de ellas, al tratar sobre la validez y efectos de la cesión empresarial de dejar sin efecto el despido acordado y readmitir al trabajador se dice: «ofrecimiento de readmisión llevado a cabo por la empresa no restablece el contrato extinguido y que el rechazo por el trabajador de la readmisión no equivale a la dimisión del mismo, tanto si la oferta se hace en trámite de conciliación judicial o extrajudicial, como si se hace posteriormente, después de presentarse la demanda, e incluso en supuestos en que la retractación empresarial tiene lugar después del cese pero antes de presentarse la papeleta de conciliación (S.TS. de 3 de julio de 2001 (RCUD 3933/2000), 24 de mayo de 2004 (RCUD. 1589/2003), 11 de diciembre de 2007 (RCUD. 5018/2006) y 7 de octubre de 2009 (RCUD. 2694/2008) entre otras).

La cuestión de si la retractación es correcta cuando se acuerda antes de la efectividad de la extinción contractual, durante el plazo de preaviso, no ha sido abordada por esta Sala hasta el momento. Para resolverla, debe resaltarse que la empresa se retracta de su decisión de extinguir el contrato mientras la relación laboral se encuentra vigente y el trabajador prestando sus servicios. Ello hace inaplicable la doctrina antes citada porque la misma se ha dictado para supuestos diferentes, para los casos en que la retractación se produce tras la extinción del contrato, tras la efectividad del despido que tiene lugar el día del cese en el trabajo, conforme a la comunicación recibida, cual viene señalado la doctrina de esta Sala con base en el artículo 55-7 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 49-1-k, del mismo cuerpo legal.

... Por tanto, como el contrato permanece vivo mientras el despido no se hace efectivo, momento en el que se extingue y su rehabilitación requiere la voluntad de las dos partes y no de una sola, cabe concluir que la retractación empresarial producida antes de que llegue ese momento es válida y produce como efecto principal el de que el contrato no llegue a extinguirse».

La doctrina de esta sentencia, sobre la posibilidad de que el empresario se retracte de su decisión de extinguir el contrato, si lo hace antes de producirse el cese efectivo en el trabajo, ha sido acogida, también, en nuestras sentencias de 1 de julio de 2010 (Rcud. 3289/2009) y 17 de julio de 2012 (Rcud. 2224/2011) para dar validez a la retractación del trabajador de la dimisión que preavisó si lo hace antes de cumplirse el plazo de preaviso.

La anterior doctrina, fundada en que el contrato permanece vivo mientras que no se produce el cese efectivo en el trabajo, momento a partir del que no es posible que las partes del contrato lo rehabiliten, salvo que obren de mutuo acuerdo, obliga a estimar este motivo del recurso, cual ha informado el Ministerio Fiscal, por cuanto es de aplicar la norma vigente al tiempo del cese efectivo en el trabajo por ser la que regulaba la relación laboral cuando se produjo su real extinción. Lo dicho lo corrobora la literalidad del art. 56-1 del ET en cuyo inciso final se dispone "el abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo", norma que evidencia que el contrato subsiste hasta que se produce el cese efectivo del trabajador, lo que comporta la aplicación de la norma vigente en ese momento, principio de derecho, ya recogido por el derecho romano ("tempus regit actum") que hace referencia a que los actos se regulan por la norma vigente al tiempo de realizarlos.

TERCERO.- Las precedentes argumentaciones obligan a desestimar el primer motivo del recurso y a estimar el segundo, como informó el Ministerio Fiscal, lo que obliga a casar y anular la sentencia recurrida y a resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de declarar que no procede el pago de salarios de tramitación y, consecuentemente, de revocar la sentencia de instancia en ese particular. Sin costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Desestimar el primer motivo del recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por D. Eladio representado y asistido por la letrada D^a. Cristina Millara Martínez, contra la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en recurso de suplicación nº 375/2013, interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de octubre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Zaragoza, en autos núm. 214/2012, seguidos a instancias de D. Evelio contra D. Eladio, D. Franco y Transportes Alcaine SL. 2.- Se estima el segundo motivo del recurso y se casa y anula la sentencia recurrida en el particular relativo al pago de salarios de trámite y se revoca la sentencia de instancia



en el sentido de dejar sin efecto la condena al pago de los salarios de tramitación que hace dejando subsistente el resto de pronunciamientos. 3.- Se decreta la devolución de los depósitos constituidos para recurrir y en cuanto a las consignaciones constituidas para recurrir se les dará el destino legal. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ