



Roj: **STSJ AS 3601/2016** - ECLI: **ES:TSJAS:2016:3601**

Id Cendoj: **33044340012016102752**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2016**

Nº de Recurso: **2350/2016**

Nº de Resolución: **2531/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JESUS MARIA MARTIN MORILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 3601/2016,**  
**STS 1512/2019**

COMMENTS \\* MERGEFORMAT **T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL**

COMMENTS \\* MERGEFORMAT **OVIEDO**

SENTENCIA: COMMENTS \\* MERGEFORMAT 02531/2016

**T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO**

C/ SAN JUAN Nº 10

**Tfno:** 985 22 81 82

**Fax:** 985 20 06 59

**NIG:** 33024 44 4 2015 0000484

Equipo/usuario: GFM

Modelo: 402250

COMMENTS \\* MERGEFORMAT **RSU RECURSO SUPPLICACION 0002350 /2016**

Procedimiento origen: DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000122 /2015

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

**RECURRENTE/S D/ña** COMMENTS \\* MERGEFORMAT GONZALEZ FIERRO S.A., BABE Y CIA S.L.

**ABOGADO/A:** COMMENTS \\* MERGEFORMAT FRANCISCO JAVIER BERRIATUA HORTA, **PROCURADOR:**  
COMMENTS \\* MERGEFORMAT

**GRADUADO/A SOCIAL:** PURIFICACION CAMESELLE MENDEZ COMMENTS \\* MERGEFORMAT

**RECURRIDO/S D/ña:** COMMENTS \\* MERGEFORMAT Eusebio , Juan Pablo , Adrian , Regina , Ángel ,  
Balbino , GONZALEZ FIERRO S.A. , BABE Y CIA S.L.

**ABOGADO/A:** COMMENTS \\* MERGEFORMAT VILIULFO ANIBAL DIAZ PEREZ, ANTONIO SARASUA SERRANO

**PROCURADOR:** COMMENTS \\* MERGEFORMAT

**GRADUADO/A SOCIAL:** COMMENTS \\* MERGEFORMAT

**SENTENCIA Nº 2531/16**

En OVIEDO, a veintinueve de noviembre de dos mil dieciséis.



Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos Sres. D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ, Presidente, D<sup>a</sup>. MARIA VIDAU ARGÜELLES y D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el RECURSO SUPPLICACION 0002350/2016, formalizado por el Letrado D. JAVIER BERRIATUA HORTA y la Graduado Social D<sup>a</sup>. PURIFICACION CAMESELLE MENDEZ, en nombre y representación de las empresas GONZALEZ FIERRO SA y BABE Y CIA SL, respectivamente, contra la sentencia número 25/2016 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de GIJON en el procedimiento DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000122/2015 y acumulados, seguidos a instancia de Eusebio , Juan Pablo , Adrian , Regina , Ángel y Balbino frente a las empresas GONZALEZ FIERRO SA y BABE Y CIA SL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo Sr **D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO** .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D. Eusebio , D. Juan Pablo , D. Adrian , D<sup>a</sup>. Regina , D. Ángel y D. Balbino presentaron demandas contra las empresas GONZALEZ FIERRO SA y BABE Y CIA SL, siendo turnadas para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 25/2016, de fecha once de febrero de dos mil dieciséis .

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º) La empresa González Fierro SA (Gonfiesa) es empresa dedicada al transporte por carretera y distribución de productos petrolíferos.

Prestó ese servicio para la empresa Compañía Española de Petróleo SA (Cepsa, empresa dedicada a la explotación, refinado de petróleo, comercialización y distribución de productos petrolíferos) desde el año 1998 hasta el 31 de diciembre de 2014, en virtud de sucesivos contratos, el último firmado el 1 de enero de 2011 bajo la modalidad de contrato de arrendamiento de servicios de distribución y transporte, en virtud del cual Gonfiesa se comprometía a:

-Programar las entregas de gasolina, gasóleo, biocarburantes y fueles a los clientes de Cepsa, según pedidos diarios.

-Recepcionar y cargar el producto en los centros situados en El Calero, Burgos, Gijón, León, Dehesas, Rivabellosa, Santovenia, Puerto de Coruña y Muskiz.

-Transportar el producto por carretera, en camiones cisterna identificados con la imagen y el distintivo Cepsa, y empleo de determinado sistema de precinto registrado por Cepsa para lo que firmaron en la misma fecha 1-1-2011 contrato de licencia.

-Custodiar el producto.

-Entregar y descargar el producto en las instalaciones de Cepsa o de sus clientes.

- Enviar y gestionar la documentación y la información asociada.

Todo ello a ejecutar por Gonfiesa con sus propios medios materiales y personales, previo alta del personal en el sistema informático de Cepsa; personal, que debía contar con determinada formación y habilitación; material, que debía incluir determinado equipamiento.

Gonfiesa se comprometió a prestar atención preferente a la actividad contratada con Cepsa, a no desarrollar para otras actividades de transporte como las contratadas con Cepsa sin autorización de esta. Fijaron la duración del contrato en tres años, susceptible de dos prórrogas por periodos anuales cada una.



2º) De 1998 a 31 de diciembre de 2014 Gonfiesa prestó servicios para la empresa Atlas Combustibles y Carburantes SA. El 1 de julio de 1998 ambas empresas firmaban contrato de arrendamiento de servicios, en virtud del cual Gonfiesa se comprometía a distribuir y transportar productos petrolíferos (gasolinas, gasóleos, kerosenos y fuelóleos), a recepcionar y cargar el producto en determinados centros de carga, a transportarlo por carretera a bordo de camiones cisterna con imagen y distintivo del Grupo Cepsa, a entregar y descargar el producto en las instalaciones de los clientes de Atlas en Ceuta, con medios materiales y personales de Gonfiesa.

3º) Gonfiesa desarrollaba su actividad empresarial de transporte en el mercado libre, con lo que llamaba "cisterna blanca", para terceros no vinculados con Cepsa (unos 57 clientes, repartidos en cinco puntos de carga), que representaba un 9% de su actividad.

Ejecutaba también una labor de asesoría, que reportaba un 1,73% de actividad.

Legitrans SL era uno de sus clientes. Esta empresa tiene un amplio objeto social, que comprende la actividad de transporte y distribución por carretera de productos petrolíferos en camiones cisterna. Es una empresa vinculada a Gonfiesa, en la que ésta tiene participación desde el año 1994 por suscripción del 100% de las participaciones sociales, por parte de personas físicas. Ambas empresas tienen a Rafael por presidente del Consejo de Administración, a Victorino por vocal y secretario respectivamente y a Carlos Miguel por vocal en ambos.

4º) En el año 2013 Gonfiesa alcanzó una cifra de negocio de 4.585.380 euros, de los que 4.181.144 euros procedían del servicio prestado a Cepsa, que le reportaba alrededor de 1.663 clientes, y 383,341 euros del resto de clientela.

En el año 2014 esas cifras ascendieron a 3.239.085/2.889.430/318.339 euros respectivamente.

En el año 2013 asumió gastos de personal por importe de 1.355.305 euros y en 2014 por importe de 1.013.189 euros.

En el año 2014 los costes fijos de la actividad empresarial suponían 1.585.721 euros.

5º) Para el desarrollo de su actividad empresarial Gonfiesa contaba en el año 2014 con una plantilla media de 42 trabajadores, que distribuía en seis centros de trabajo:

-León (lugar del domicilio social) con 21 trabajadores, de ellos 12 Mecánicos, 1 Oficial Administrativo de 1ª, 1 Oficial Administrativo de 2ª, 2 Jefes de Tráfico, 2 Jefes de Sección, 2 Jefes de Servicio y un Director Operativo.

-Gijón con 6 trabajadores (Mecánicos).

-Valladolid con 3 trabajadores, con la categoría de Mecánicos.

-Burgos con 5 trabajadores, con la categoría de Mecánicos.

-Cantabria con 3 trabajadores.

-Ceuta con 3 trabajadores, con la categoría de Conductores.

Uno de los trabajadores, Efrain , con la categoría profesional de Jefe de Servicios en el departamento de explotación, prestaba servicios para Gonfiesa y también por cuenta de Legitrans SL a jornada parcial en cada una.

Las relaciones laborales se rigen por Convenio Colectivo de empresa. Solo el centro de trabajo de Gijón contaba con representantes legales de los trabajadores: Anselmo , Baldomero y Celso .

Gonfiesa se servía también de trabajadores autónomos económicamente dependientes.

6º) Gonfiesa en el año 2014 contaba con una flota de vehículos: 20 tractoras, 13 rígidos y 39 cisternas.

7º) Babe y Cia SL es empresa que desarrolla idéntica actividad empresarial que Gonfiesa en la distribución y transporte por carretera de productos petrolíferos, que tiene por cliente a Cepsa, para la que prestaba idénticos servicios que Gonfiesa, si bien en otro ámbito geográfico.

La empresa cuenta con medios de transporte propios y con personal en plantilla, además de servirse de trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Las relaciones laborales se rigen por Convenio Colectivo de empresa.

8º) En junio de 2014 Cepsa comunica a Gonfiesa que el 1 de enero de 2015 da por finalizado el contrato de arrendamiento de servicios del año 2011 y le invita a que presente su oferta para adjudicación del servicio de distribución de productos petrolíferos en camión cisterna para Cepsa en el Noroeste peninsular.



En la misma fecha comunica de igual manera a Babe y Cia SL respecto del contrato de arrendamiento que les unía.

Gonfiesa elaboró y presentó su propuesta. El 16 de julio de 2014 Cepsa le comunica que asigna el servicio a otra empresa de la competencia. Babe y Cia SL resultó ser la nueva adjudicataria.

9º) EL 6 de junio de 2014 Altas Combustibles y Carburantes SA comunica a Gonfiesa que el 1 de enero de 2015 quedaría resuelto el contrato de arrendamiento de servicios de distribución y transporte que ambas habían suscrito en el año 1998.

10º) A mediados del mes de septiembre de 2014 Gonfiesa y Babe y Cia SL inician conversaciones para transmitir personal y vehículos de la primera a la segunda. El 18 de ese mes el Consejero Delegado de Gonfiesa Carlos Miguel envía a Marí Juana :

-Listado de personal cerrado a 18-9-2014, que incluía a 33 trabajadores (15 del centro de trabajo de León, 3 de Burgos, 6 de Gijón, 3 de Valladolid y 3 de Santander).

-Listado de bases (León, Gijón, Burgos, Valladolid y Santander). Especificaba edad, categoría profesional y zona de adscripción.

-Listado de vehículos (18 tractoras, 12 rígidos y 37 cisternas).

El Sr. Carlos Miguel quedaba a la espera de que Babe y Cia SL indicase qué vehículos le interesaban y el recibo del Convenio Colectivo de Babe y Cia.

El 17 de octubre el Sr. Carlos Miguel comunica a la Sra. Marí Juana que confiesa revisa y mantiene la flota, que lo hará hasta el final. Responde la Sra. Marí Juana mandando la lista de lo que interesa a Babe y Cia.

11º) El 10 de noviembre de 2014 Gonfiesa comunica a los representantes legales de los trabajadores del centro de León y a cada uno de los trabajadores de Ceuta, Burgos, Valladolid, Santander y Gijón su intención de iniciar un procedimiento de despido colectivo por causas productivas, ante la imposibilidad de mantener el proyecto industrial por la pérdida a 30 de diciembre de 2014 del contrato con Cepsa, y su filial Atlas a partir de enero de 2015.

El 26 de noviembre de 2014 se constituye la Comisión Negociadora para el procedimiento de despido colectivo, que quedó integrada por 8 miembros, de los que 2 pertenecen a la parte empresarial ( Carlos Miguel y Olegario ) y 6 por la parte social (los tres representantes de los trabajadores del centro de trabajo de León y tres más, Ruperto , Tomás y Carlos Manuel ).

El 27 de noviembre de 2014 comenzaba el periodo de consultas. La empresa entrega documentación:

-Comunicación del inicio del expediente a representantes y a trabajadores individualmente.

-Comunicación a la Autoridad Laboral.

-Memoria explicativa de la causa del expediente.

-Informe técnico, análisis económico-financiero.

-Informe de auditoría, cuentas de los años 2012, 2013 y las provisionales del año 2014.

-Plan de acompañamiento social, con propuesta de recolocación en Babe y Cia SL, recolocación de un trabajador en Legitrans SL y cartas de recomendación.

-Contratos de arrendamiento de servicios.

-Comunicación de resolución de contratos.

-Acta de elecciones sindicales.

-Relación de trabajadores afectados por cada centro de trabajo.

-Número de trabajadores (y clasificación profesional) habitualmente empleados en cada centro de trabajo en el último año.

12º) El 1 de diciembre de 2014 se celebró la primera reunión de la Comisión negociadora.

La parte social interesó la incorporación de Legitrans al proceso, como integrante del grupo empresarial del que forma parte Gonfiesa, para tener en cuenta su situación al contemplar las circunstancias económicas, organizativas y productivas en orden a decidir sobre la extinción de los contratos de trabajo, en particular para ver qué medidas de reestructuración procede adoptar.



Esa parte solicitó de la empresarial la aportación de determinadas exposiciones razonadas y documentación varia, entre otra: explicación razonada de Cepsa y Atlas y de las empresas adjudicatarias del Servicio de Transporte, sobre los criterios de adjudicación del contrato; el proceso de negociación de activos a las nuevas adjudicatarias del servicio de transporte de Cepsa y Atlas.

13º) El 3 de diciembre de 2014 la Comisión negociadora celebra la segunda reunión.

La parte empresarial expuso que:

-La relación de Gonfiesa con Legitrans se reducía a tener el 75% de la participación social, facturar y cobrar el 45% del coste del servicio de contabilidad que realizaba para esa empresa.

- El cese de actividad tendría lugar el 1 de enero de 2015.

- No existía otra vía rentable de actividad, perdido el 90% de actividad para Cepsa, sin posibilidad real de prestar servicios para otros proveedores del mercado del petróleo.

-Entregaba relación de vehículos, cuya venta negociaba con la nueva adjudicataria del servicio; 20 tractoras, 13 rígidos y 39 cisternas.

La parte empresarial propuso:

1. La posibilidad de que Legitrans asumiera la relación laboral de uno de los contratos de trabajo a extinguir.

2. Fijar la indemnización por despido en el mínimo legalmente establecido, sin perjuicio de mejorarla si en el futuro cambiara la situación económica de la empresa.

3. La posibilidad, basada solo en una propuesta verbal y no definitiva, de recolocar a 10 de los 36 trabajadores a despedir en la empresa Babe y Cia SL.

14º) La Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras Sector Estatal de Transporte por Carretera promovió expediente de mediación (número M/361/2014/H) previo a la convocatoria formal de huelga para los días 22 a 31 de diciembre, por el cierre de Gonfiesa y el despido de los trabajadores sin previo intento de acudir al recurso previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores para la sucesión empresarial.

15º) El 9 de diciembre de 2014 se celebró la tercera reunión de la Comisión Negociadora.

La parte social solicitó de la empresa que:

-Concretase la posibilidad de ofrecer una indemnización superior al mínimo legalmente establecido, para el caso de concluir el periodo de consultas con acuerdo.

-Recabase de Cepsa, tal y como ya se había interesado, la documentación relativa a la adjudicación del servicio de Cepsa a partir del 1 de enero de 2015.

- Aportase la documentación sobre autorización de venta de vehículos a la nueva adjudicataria.

Las partes acordaron prorrogar el periodo de consultas, como consecuencia de la mediación prevista para el día siguiente con motivo de la huelga y de la necesidad de Gonfiesa de concretar las condiciones de la venta de su activo para determinar la mejora de las indemnizaciones.

16º) El 10 de diciembre se celebraba acto de mediación en el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje. Asistieron Gonfiesa, Babe y Cia SL y representantes de los trabajadores. El acto terminó sin acuerdo. El órgano de mediación instó a la representación de los trabajadores a negociar en el periodo de consultas del procedimiento de despido colectivo en aras a alcanzar un acuerdo.

17º) El 10 de diciembre de 2014 Carlos Miguel (Gonfiesa) envía a Marí Juana (Babe y Cia SL) facturas pro forma para que las revise. Las facturas documentaban la venta de vehículos y el precio correspondiente:

*VehículoPrecio*

.... QBZ 75.305 ?

.... TMT 88.427 ?

.... YPT 49.201 ?

.... DJR 4.907 ?

.... KWJ 14.483 ?

.... QCC 48.917 ?



.... TTH 40.044 ?  
.... QVF 40.044 ?  
.... GXW 40.044 ?  
.... NNT 13.318 ?  
QO .... UQ 9.000 ?  
.... HRZ 15.977 ?  
.... KSC 15.000 ?  
.... QFZ 22.161 ?  
.... PTC 22.161 ?  
.... XSV 15.526 ?  
.... CPN 15.843 ?  
.... KZG 23.271 ?  
.... NKQ 23.271 ?  
Q.... 49.978 ?  
X.... 49.978 ?  
.... VZD 48.006 ?  
.... HXM 54.218 ?  
.... NRT 43.223 ?  
.... XKV 43.223 ?  
.... GNG 54.205 ?  
.... HLT 27.053 ?  
.... KWD 43.548 ?  
.... RJZ 43.548 ?  
.... TTW 43.548 ?  
.... GPH 43.572 ?  
.... HMZ 16.615 ?  
.... KDG 16.615 ?  
.... RYC 48.006 ?  
.... CZQ 10.000 ?  
.... XLZ 43.967 ?  
.... YVV 38.611 ?  
.... HXG 39.611 ?  
.... VLY 39.611 ?  
.... RFJ 30.650 ?

18º) El 11 de diciembre de 2014 se celebró la cuarta reunión de la Comisión negociadora.

La parte empresarial aportó copia del correo electrónico que había enviado a Cepsa el 10 de ese mes, recordando otro del día 2 en el que decía necesitar determinada documentación para informar a la parte social con la mayor transparencia posible acerca de la situación sobre la que negociaban en el Expediente de Regulación de Empleo, y solicitaba: el pliego de condiciones para la presentación de ofertas a Cepsa y Atlas para los nuevos contratos; los criterios de adjudicación que tuvieron en cuenta Cepsa y Atlas; los adjudicatarios oficiales para Zona Noroeste y Ceuta.



Aportaba también la respuesta que había recibido de Cepsa que decía actuar como empresa privada, haber decidido adjudicar el servicio de distribución y transporte de combustibles y carburantes a otra empresa, previa finalización ya comunicada del contrato de servicios en su día firmado por Gonfiesa, y ello de acuerdo con criterios o interés empresarial en concentrar la actividad en grandes transportistas que permiten reducir y sostener los precios.

La parte social decía ofrecer una propuesta económico-social a enviar a Babe y Cia, como salida al conflicto; al tiempo que facilitaba de la parte empresarial que aportase la documentación relativa a la oferta de aquella empresa para la compra de la flota de Gonfiesa.

19º) El 15 de diciembre de 2014 se celebra la quinta reunión.

La parte social denuncia la nulidad del proceso de despido colectivo por la negativa de la parte empresarial a traer al proceso a Babe y Cia SL y a Legitrans SL; la primera, como sucesora en la actividad empresarial de Gonfiesa, puesta de manifiesto en la asunción por parte de Babe y Cia SL de una parte sustancial de la estructura organizativa de Gonfiesa; la segunda, por su unión a Gonfiesa y como continuadora de la actividad mercantil que ésta dejará de realizar. Añadía que el cierre planteado no se correspondía con la que debe ser una ordenada gestión empresarial, que la empresa no ofrecía más que el despido colectivo e indemnizaciones mínimas. Propuso negociar en un nuevo proceso de despido colectivo, con estas condiciones:

1ª.- Asumir el cierre y liquidación de Gonfiesa, mediante acuerdo a adoptar con esta empresa, con Legitrans SL y Babe y Cia SL.

2ª.- Subrogación por parte de Legitrans de 6 trabajadores (3 conductores y 3 administrativos); por parte de Babe y Cia SL 16 trabajadores (14 de la flota de transporte y 2 de Administración y Gestión).

3ª.- Extinguir 13 contratos de trabajo, con indemnización de 37 días de salario por año de servicio y un máximo de 30 mensualidades.

4ª.- Someterse, una vez ejecutado el despido colectivo y dispuestas las subrogaciones, al procedimiento legal de inaplicación del Convenio Colectivo por vía de modificación de las condiciones de trabajo, entre otras, las salariales.

La parte empresarial respondía que:

1º.- No formaba grupo con Legitrans SL, a efectos mercantiles ni laborales.

2º.- La subrogación por parte de Legitrans SL y Babe y Cia SL no se debe vía norma legal ni vía Convenio colectivo; que negociaba con Babe y Cia SL la venta de la flota como medio para obtener los recursos con que abonar las indemnizaciones.

3º.- Ofrecía la recolocación de un trabajador en Legitrans SL.

4º.- Ofrecía indemnizaciones de 23 días de salario por año de servicio, con un máximo de 14 mensualidades como alternativa a las cifras que proponía la parte social.

La empresa aportaba copia del correo electrónico que había enviado el 11 de diciembre a Cepsa, que se refería a listado de vehículos a vender a Babe y Cia SL, con el fin de que Cepsa autorizase el traspaso de cada vehículo con su equipo de precinto e imagen. Decía aportar solicitud de Babe y Cia SL sobre compra de vehículos en un proceso de negociación aún no cerrado, un cuadro de identificación de vehículos (tractoras, rígidos y cisternas) y sus accesorios, con cálculos efectuados a fecha 31-12-2014.

La parte social calificaba la propuesta de Gonfiesa de inaceptable e insistía en la necesidad de negociar con Babe y Cia SL.

20º) El 17 de diciembre de 2014 se celebra la sexta y última reunión de la Comisión negociadora.

La parte social alegó que el proceso de despido colectivo no resultaba adecuado, pues con ello solo se trataba de eludir la aplicación del artículo 44 ET ; tenía por no aclarada la situación con Legitrans SL, con Babe y Cia SL, cuya implicación en la recolocación aludida por la empresa carecía de soporte real, como el en su día alegado intento de mejorar las indemnizaciones, al tiempo que puntualizaba que la parte social asumía:

1º.- Un procedimiento de modificación de las condiciones de trabajo en el contexto de la subrogación por terceras empresas, en el contexto de la necesaria aceptación de la implicación de Legitrans SL y de Babe y Cia SL y la concurrencia de causas económicas y organizativas, no las productivas.

La parte empresarial dijo asumir:

1º.- El traspaso de una trabajadora a la plantilla de Legitrans SL.



2º.- Las indemnizaciones en el mínimo legalmente previsto.

La empresa expresamente dejaba fuera del conflicto a Legitrans SL y a Babe Cia SL, al tiempo que afirmaba haber negociado por su parte conforme a las reglas de la buena fe.

El periodo de consultas finalizaba sin acuerdo.

21º) El 17 de diciembre de 2014 se reunía el Comité de Huelga. La empresa decía que la subrogación que pretendía la parte social no estaba en su ámbito de decisión.

El día 22 de ese mes FSC-CCOO desconvoca la huelga, por la escasa respuesta de los trabajadores.

22º) El 17 de diciembre Gonfiesa enviaba a Babe y Cia documentación relativa a la cancelación de cargas de algunos de los vehículos a adquirir por Babe y Cia y otra relativa a factura de venta de vehículos La Caixa.

23º) El 22 de diciembre de 2014 Cepsa comunica a Gonfiesa que autoriza el traspaso a Babe y Cia SL o a la persona que ésta designe al efecto, los distintivos y precintos electrónicos que había empleado para Cepsa, incluidos en el listado (8 tractoras, 11 rígidos y 21 cisternas).

24º) El 22 de diciembre de 2014 Babe y Cia SL comunica a Gonfiesa que "nos echamos para atrás en la operación de compra de vehículos, ya hablaremos".

Ese mismo día ambas empresas se cruzan correos electrónicos con estos textos: "Ouswood Center 21 SL (dirección ...)". " Carlos Ramón (teléfono ...)".

Ouswood Center SL es empresa con amplio objeto social, que incluye la intermediación y el comercio de vehículos. Carlos Ramón es el Administrador de esta empresa, que utiliza Babe y Cia SL en la compra de vehículos.

25º) El 30 de diciembre de 2014 el Director de Operaciones de Gonfiesa, Olegario , comunica a Babe y Cia SL detalle de horas en que estarán disponibles los vehículos en las distintas bases (León, Dehesas, Gijón, Valladolid, Santander y Burgos) y solicita que identifique a las personas que recepcionarán los vehículos por parte de Babe y Cia SL.

26º) El 30 de diciembre de 2014 Gonfiesa y Ouswood firman contrato de compraventa de vehículos usados, que la compradora dice haber examinado personalmente y a través de expertos.

La vendedora dice haber cancelado la reserva de dominio de alguno de los vehículos que vende. Pactan un precio total de 1.405.571 euros más el 21% de IVA.

Especificaron lugares de entrega (León, Gijón, Burgos y Valladolid) y añadían que la vendedora podía modificar los lugares de entrega.

El pago se documentó en cheque bancario de Laboral Kutxa fechado el 31-12-2014 por importe de 1.700.740,91 euros.

La venta lo fue de:

A.- 11 de los 13 rígidos de Gonfiesa:

.... QBZ por 75.305 ?

.... TMT por 88.427 ?

.... YPT por 49.201 ?

.... DJR por 4.907 ?

.... KWJ por 14.483 ?

.... QCC por 48.917 ?

.... TTH por 40.044 ?

.... QVF por 40.044 ?

.... GXW por 40.044 ?

.... NNT por 13.318 ? QO .... UQ por 9.000 ?

B.- 8 de las 20 tractoras de Gonfiesa:

.... HRZ por 15.977 ?

.... KSC por 15.000 ?





.... QFZ por 22.161 ?  
 .... PTC por 22.161 ?  
 .... XSV por 15.526 ?  
 .... CPN por 15.843 ?  
 .... KZG por 23.271 ?  
 .... NKQ por 23.271 ?

C.- 21 de las 39 cisternas de Gonfiesa:

Q.... por 49.978 ?  
 X.... por 49.978 ?  
 .... VZD por 48.006 ?  
 .... HXM por 54.218 ?  
 .... NRT por 43.223 ?  
 .... XKV por 43.223 ?  
 .... GNG por 54.205 ?  
 .... HLT por 27.053 ?  
 .... KWD por 43.548 ?  
 .... RJZ por 43.548 ?  
 .... PRX por 43.548 ?  
 .... GPH por 43.572 ?  
 .... HMZ por 16.615 ?  
 .... KDG por 16.615 ?  
 .... RYC por 48.006 ?  
 .... WTS por 10.000 ?  
 .... XLZ por 43.967 ?  
 .... YVV por 38.611 ?  
 .... HXG por 39.611 ?  
 .... VLY por 39.611 ?  
 .... RFJ por 30.650 ?

27º) El 30 de diciembre de 2014 Gonfiesa comunica a Anselmo , Baldomero y a Celso , representantes legales de los trabajadores en el centro de trabajo de León y miembros de la Comisión Negociadora, que extingue 35 contratos de trabajo, los relativos a conductores en fecha 31 de diciembre de 2014, los del personal administrativo entre el 31 de diciembre de 2014 y el 3 de abril de 2015.

A la comunicación acompaña un anexo con la relación de trabajadores afectados por cada centro, con identificación personal, categoría profesional y fecha de ingreso en la empresa.

En la relación no incluye a la trabajadora Yolanda , que dice pasar a la plantilla de Legitrans SL.

28º) la relación de trabajadores afectados por el despido colectivo incluye estas antigüedades y salarios mes:

a) Centro de trabajo de Gijón:

*AntigüedadSalario mensual*

16-10-1984 à 5.060,78 ?

3-11-1975 à 2.897,10 ?

2-5-1989 à 2.375,42 ?

1-4-1992 à 1.900,66 ?



1-9-1992 à 2.561,52 ?

1-1-2007 à 1.434,27 ?

1-3-2007 à 1.413,98 ?

2-4-2007 à 1.482,53 ?

3-11-2008 à 1.465,89 ?

20-12-1978 à 3.002,02 ?

1-2-1991 à 2.424,32 ?

21-8-1990 à 2.677,97 ?

14-10-1991 à 2.589,41 ?

23-12-1991 à 1.938,36 ?

4-5-1999 à 2.261,86 ?

1-3-2011 à 1.832,75 ?

4-4-2011 à 2.024,81 ?

26-4-2007 à 1.941,15 ?

4-6-2007 à 2.103,48 ?

8-9-2008 à 2.161,68 ?

21-3-2011 à 360,77 ?

b) Centro de trabajo de Burgos:

*AntigüedadSalario*

3-4-1995 à 2.183,65 ?

21-10-1996 à 2.160,18 ?

c) Centro de trabajo de Gijón:

*AntigüedadSalario*

26-5-1992 à 2.416,57 ?

25-9-1995 à 2.565,42 ?

17-10-1997 à 2.428,14 ?

2-5-2001 à 2.286,98 ?

16-7-2007 à 2.145,65 ?

6-11-2007 à 2.161,82 ?

d) Centro de trabajo de Valladolid:

*AntigüedadSalario*

22-4-1999 à 2.280 ?

30-4-2001 à 2.230,58 ?

14-7-2004 à 1.854,31 ?

e) Centro de trabajo de Ceuta:

*AntigüedadSalario*

13-6-1998 à 1.776,35 ?

1-7-1998 à 1.776,35 ?

29-9-1999 à 1.776,35 ?

29º) Al 30 de marzo de 2015 Gonfiesa contaba con solo tres trabajadores a su cargo:

- Rosaura .



- Efrain .
- Yolanda .

Efrain pasó a trabajador por cuenta de Legitrans SL a jornada completa.

Yolanda pasó a prestar servicios por cuenta a Legitrans SL.

En los primeros meses del año 2015 de los 9 ó 10 trabajadores autónomos económicamente dependientes que prestan servicios de transporte y distribución para Babe y Cia SL, 5 lo prestaban antes para Gonfiesa.

30º) Babe y Cia SL registró cinco movimientos de altas de trabajadores en la Tesorería General de la Seguridad Social en el mes de diciembre de 2014 y 43 en enero y abril de 2015.

Entre las altas cuentan:

-El 2 de enero de 2015 Jesús Ángel , trabajador por cuenta de Gonfiesa hasta el 31 de diciembre de 2014.

-El 3 de febrero de 2015 Casilda , trabajadora por cuenta de Gonfiesa hasta el 30 de enero de ese año.

-El 7 de enero de 2015 Laureano , trabajador por cuenta de Gonfiesa hasta el 4 de octubre de 2014.

31º) En el mes de diciembre de 2014 Babe y Cia SL ejecutó transporte de combustible cargado en el Puerto de Gijón para clientes de Cepsa:

-El día 11 para entrega en buque en el Puerto de Avilés (dos portes).

-El día 16 para entrega en buque en el Puerto de Avilés (dos portes).

-El día 1 para entrega a Danylu SL en Lena (dos portes).

- El día 16 para entrega a Danylu SL en Lena.

-El día 19 para entrega a Danylu SL en Lena (dos portes).

-El día 29 para entrega a Danylu SL en Lena (dos portes).

-El día 30 para entrega a Danylu SL en Lena (dos portes).

- El día 19 para entrega en buque en el Puerto de Avilés.

- El día 29 para entrega a Carburantes La Montera. Logrezana (tres portes).

El día 31 de diciembre de 2014 Babe y Cia SL y Gonfiesa participan en catorce portes para clientes de Cepsa desde el Puerto de Gijón y en ello utilizan vehículos propiedad de Gonfiesa: .... QFZ , .... WDZ , .... TMT , .... KWD , .... YPT , .... QVF , .... YVV y .... TYD .

32º) En el mes de enero de 2015 Babe y Cia SL efectuó portes desde el Puerto de Gijón para clientes de Cepsa; un total de 600 portes. En 488 de esos portes empleó vehículos de los adquiridos a Gonfiesa ( .... YPT , .... KWD , .... RFJ , .... HXM , .... YVV , .... TMT , .... QVF , .... QFZ ).

33º) El 31 de diciembre de 2014 Gonfiesa entrega a los trabajadores Ángel y Porfirio cartas de despido, con idéntico contenido.

Ángel había prestado servicios para esa empresa desde el 25 de septiembre de 1995. Tenía la categoría profesional de Conductor Mecánico y un salario día de 91,15 euros.

Porfirio había prestado servicio desde el 2 de mayo de 2001. Tenía categoría profesional de Conductor Mecánico y un salario día de 81,59 euros.

Las cartas de despido aluden a un despido con efectos desde el 31-12-2014, despido colectivo, por causas productivas:

-El 27-6-2014 Cepsa comunica la decisión de extinguir a 1-1-2015 el contrato de arrendamiento de servicios con Gonfiesa, al igual que su filial Atlas, lo que supone la pérdida de un 90% de la actividad empresarial, que se complementaba con solo un 9% en el llamado transporte para el mercado de cisterna blanca (clientes distintos a Cepsa), un 0,50% para Legitrans SL y un 1,73% de actividad de asesoría para esta última.

-Resulta inviable mantener la actividad empresarial a costa tan solo del transporte en cisterna blanca y del servicio a Legitrans SL, por ser el resultado y la comparativa numérica de facturación de 4.181.144 euros en 2013 para Cepsa, frente a 459.308 euros para el resto de clientes; de 2.889.430 euros frente a 374.949 euros respectivamente en 2014.



-La adjudicación del servicio de Cepsa a Babe y Cia SL empresa con la que había negociado la venta de la flota sin resultado, lo que había conducido a Gonfiesa a llevar la venta al mercado.

- La desaparición de toda la actividad de Gonfiesa y con ello la de los puestos de trabajo.

Reconocía una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, que cuantificaba en 33.271,55 euros para Ángel ; en 22.300,99 euros para Porfirio . Ambos trabajadores recibieron la indemnización.

34º) El 1 de octubre de 2015 fallecía Porfirio .

Le suceden su esposa Regina y sus hijos: Balbino ; Florian , Juan Pablo y Adrian .

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que debo estimar y estimo la demanda presentada por Ángel y por Porfirio frente a GONZALEZ FIERRO SA (GONFIESA) y frente a BABE Y CIA SL. Debo declarar y declaro la nulidad del despido del que fueron objeto los demandantes el 31 de diciembre de 2014. Debo condenar y condeno a BABE Y CIA SL a la inmediata readmisión de Ángel en el puesto de trabajo de Conductor Mecánico, antigüedad de 25 de septiembre de 1995, salario día de 91,15? y centro de trabajo en Gijón. Debo condenar y condeno a GONZALEZ FIERRO SA (GONFIESA) y a BABE Y CIA SL, en calidad de responsables solidarias, al pago de los salarios devengados por Ángel entre el 1 de enero de 2015 y la que sea fecha de efectiva readmisión, a razón de 91,15 ? día, con el devengo del interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago. Debo condenar y condeno a GONZALEZ FIERRO SA (GONFIESA) y a BABE Y CIA SL, en calidad de responsables solidarias, a que abonen a Porfirio , en la persona de su esposa e hijos, la suma de 26.973,25 ? en concepto de indemnización por despido abonada ya la cantidad restante hasta 49.274,24 ? , más 22.355,66 ? en concepto de salarios devengados entre el 1 de enero y el 1 de octubre de 2015, con el devengo del interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago".

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunciaron recursos de suplicación por las empresas GONZALEZ FIERRO SA y BABE Y CIA SL, formalizándolos posteriormente. Tales recursos fueron objeto de impugnación por las contrapartes.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 26 de septiembre de 2016.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 3 de noviembre de 2016 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Sentencia del Juzgado de lo social núm. 3 de Gijón de 11 de febrero de dos mil dieciséis estimó la demanda formulada por los trabajadores, declarando la nulidad del despido y, frente a dicha resolución, interponen recurso de Suplicación las empresas GONZALEZ FIERRO SA (GONFIESA) y BABE y CIA SL desde la perspectiva que autoriza el Art. 193 c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social , en el primer caso, y al amparo de las letras b) y c) del expresado precepto legal la segunda, interesando ambas la revocación de la resolución de instancia y su más plena absolución de todas las pretensiones formuladas en su contra en la demanda.

Los recursos han sido impugnados de contrario por las respectivas representaciones letradas de los trabajadores para interesar su íntegra desestimación.

**SEGUNDO.-** El primero de los motivos del recurso de la empresa BABE y CIA SL se dirige a la revisión del relato histórico de instancia, en concreto de los ordinales primero, quinto, séptimo, décimo, decimocuarto, vigésimo noveno, trigésimo, trigésimo primero y trigésimo segundo, para los que propone las siguientes adiciones o modificaciones:

.- 1º) Para que se añada un párrafo que diga que GONFIESA podía desarrollar otras actividades de transporte con autorización de CEPSA.

.- 5º) Para que se diga que los trabajadores autónomos empleados por GONFIESA no eran TRADEs.

.- 7º) Postula la sustitución de su último párrafo por otro con el siguiente texto:

"Asimismo cuenta con centros de trabajo en Bilbao, Burgos, La Coruña, Gijón, León, Ponferrada y Vigo BABE y CIA SL cuenta con una flota de 216 vehículos y una plantilla de 120 trabajadores, además de trabajadores autónomos".



.- 10º) para que se precise que las conversaciones entre GONFIESA y BABE y CIA SL tenían por objeto la adquisición de una parte de la flota.

.- 24º) En este caso pretende, en primer lugar, que se diga que tanto GONFIESA como BABE y CIA SL utilizan habitualmente a OUSWOOD CENTER SL como intermediario para la compra de vehículos. En segundo lugar, que el 30 de diciembre de 2014 OUSWOOD CENTER SL siguiendo instrucciones BABE y CIA SL, procedió a la compra de una parte de la flota de vehículos de GONFIESA, cediéndolos a continuación el 1 de enero de 2015 a BABE y CIA SL, porque le resultaba más rentable a BABE y CIA SL que las gestiones de cambio de titularidad de los camiones y de las tarjetas de transporte las realizará un tercero, en lugar de hacerlo ella directamente y, por último, que los vehículos adquiridos por BABE y CIA SL fueron 8 tractores, 11 rígidos y 21 cisterna, lo que supone la mitad de la flota de GONFIESA.

.- 29º) También aquí se postula la sustitución del último párrafo para que se precise que los autónomos que trabajaban para a BABE y CIA SL eran 30 en total, 5 de los cuales prestaban servicios anteriormente para GONFIESA.

.- 30º) Se interesa la sustitución del ordinal trigésimo por otro en el que se recojan los siguientes datos:

a) Que BABE y CIA SL registró 5 movimientos de alta en la Seguridad Social en el mes diciembre de los que 2 correspondían a dos trabajadores que ya habían prestado previamente servicios para la empresa. b) Que entre enero y abril de 2015 se registraron 42 movimientos de altas y bajas en la Seguridad Social para todos los centros de la empresa, de ellos 3 correspondían a otros tantos trabajadores que previamente había pertenecido a GONFIESA.

.- 31º) Aquí pretende que se adicionen distintos párrafos en los que se signifique que en el mes diciembre cargo CLH y lo descargo en un buque en el puerto de Gijón; que asimismo en dicho mes de diciembre de 2014 realizo cargas de CLH por encargo de DANYLU SL y prestó distintos servicios para CEPSA con sus propios vehículos, porque GONFIESA nunca tuvo autorización para operar en los puertos.

.- 32º) Solicita que se añada una frase en la que se exprese que en el resto de los portes utilizo vehículos que no venían de la flota de GONFIESA.

Advierte la doctrina unificada ( SSTS de 20 de marzo de 2013 -Rec. 81/2012 , 11 de Octubre del 2007 - Rec. 22/2007 o 22 de septiembre de 2005 -Rec. 193/04 , entre otras muchas) que, para que la denuncia del error pueda ser apreciada, se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: "a) que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico; b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos, y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia"; es decir, para que prospere una revisión de los hechos no sólo es necesario que la parte instrumentalice el motivo por medio de prueba idónea: documental o pericial ( art. 193 de la LRJS ); sino que se requiere que la modificación que se pide sea relevante a los efectos de la resolución de la causa, acreditando error, omisión o arbitraria interpretación de las pruebas por parte del juzgador, de manera que lo pretendido no quede desvirtuado por otras probanzas que hayan podido ser consideradas por el juzgador de instancia, de las que quepa deducir una interpretación distinta a aquélla que obtiene la parte.

A la vista de lo que se deja expuesto carecen de viabilidad las modificaciones interesada para los ordinales primero, quinto, décimo, vigésimo noveno y trigésimo porque en apoyo de su pretensión revisora no se cita informe, pericia o documento alguno y, siendo ello así, se conculca lo previsto en el Art. 193.2 de la LRJS .

Tampoco merece favorable acogida la revisión instada para el ordinal séptimo pues ni del documento núm. 1 (una relación de matrículas de los vehículos de BABE y Cia.), ni del núm. 2 (el contrato de arrendamiento de servicios con CEPSA), ni del núm. 6 (un informe de vida laboral de la Tesorería General de la Seguridad Social) y tampoco del núm. 7 (un contrato de arrendamiento de una nave industrial al Centro de Transportes de Gijón), se puede deducir nada claro y comprensible respecto a la acreditación por parte de la empresa de su prestación de servicios para otras petroleras como GAP, BP y Shell en Bilbao, la Coruña, Vigo.

La misma suerte debe seguir la revisión del ordinal vigésimo cuarto que el recurrente apoya en prueba negativa (así, puede leerse: "entendemos que es una conclusión a la que llega de forma incorrecta la Juez de instancia, primero por no ser cierta y por otro lado por no existir prueba documental o testifical alguna que la acredite"), forma de razonar que es contraria a la doctrina del Tribunal Supremo ( SSTS de 14 de enero , 23 de octubre de 1986 y 17 de noviembre de 1990 ) que de manera reiterada ha venido negando que la llamada "prueba negativa" sea un instrumento idóneo para demostrar el error de hecho.





Por otra parte la circunstancia de que el día 30 de diciembre de 2014 GONFIESA y Ouswood Center 21 firmaron un contrato de compraventa de los vehículos de la primera por 1.405.571 euros, como paso previo a la cesión de los mismos el día 1 de enero de 2015 a BABE y Cia., ya aparece recogida en el vigésimo sexto de los ordinales, no apreciándose en consecuencia la omisión o el error denunciados.

No otra consideración merece la pretendida revisión del ordinal trigésimo primero pues la documental que cita la recurrente (un contrato de arrendamiento de servicios de BABE y Cia. con CEPSA, una carta de 27 de junio de 2014 del Sr. Carlos José , comercial de CEPSA, comunicando la extinción del contrato a partir del 1 de enero y otra del Sr. Juan Francisco de logística CEPSA de 16 de julio de 2014, comunicando la renovación del contrato), no resulta una prueba idónea para acreditar que los días 1, 16, 19, 29 y 30 de diciembre de 2014 la recurrente realizó una carga de CLH para la empresa DANYLU SL, siendo cosa sabida que para que proceda la revisión es necesario que el error de hecho fluya de forma clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable del documento invocado como revisorio.

Las razones que se dejan expuestas conduce sin mayores argumentaciones a desestimar la modificación postulada para el trigésimo segundo de los hechos declarados probados, pues de los documentos que invoca (varias pólizas notariales de compraventa de vehículos, folios 1.359 a 1.510) no cabe concluir que "en 112 portes utilizó vehículos que no venían de la flota adquirida a GONFIESA" o bien que "GONFIESA no realizó nunca cargas en el puerto del Musel-Gijón porque no tenía contrato con CEPSA", a lo que habrá que añadir que la remisión a bloques documentales está vetada, tal y como ya indicara el TS en su sentencia de 22 de marzo de 2002 .

**TERCERO.-** Destina el Graduado Social recurrente el segundo de los motivos a denunciar la infracción de los Arts. 51 y 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en relación con lo dispuesto en el Art. 6.4 del Código civil .

Alega, en sustancia, que la aplicación del Art. 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , tiene como presupuesto que las relaciones laborales se encuentren vivas en el momento de la transmisión, lo que no aconteció en el supuesto de autos en que la empresa cedente había procedido al despido colectivo de la plantilla antes de que se diera el supuesto de hecho de la sucesión empresarial y, por otra parte, sobre que el fraude de ley no se presume, ha quedado desacreditada la supuesta connivencia entre BABE y CIA SL y GONFIESA con la abundante prueba en contrario aportada por las demandadas.

Con idénticos argumentos y citando la infracción de los mismos precepto legales formula un primer motivo de suplicación la dirección letrada de la empresa GONFIESA, razón por la cual se examinarán conjuntamente ambos alegatos.

Para resolver la denuncia planteada conviene comenzar recordando que el Art. 6.4 del Código civil determina que se consideraran ejecutados en fraude de ley "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él", a estos actos el precepto legal les aparea la sanción de que no impedirán "la debida aplicación de la norma que hubieren tratado de eludir. Como ha expresado el Tribunal Constitucional ( STC 37/1987 ) el fraude de Ley, en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico. En rigor ni siquiera podría sostenerse hoy que el art. 6.4 CC , que contempla con carácter general el fraude de Ley, es una norma exclusiva de la legislación civil. El citado precepto, como la mayor parte de los que integran el título preliminar, es aplicable a todo el ordenamiento, y sólo por tradición histórica, sin duda respetable, conserva en el Código civil su encaje normativo".

Advierte la STS de 12 de mayo de 2009 que "la jurisprudencia -de esta Sala IV y de la I- no ha sido siempre uniforme, oscilando entre la tesis objetiva (atiende al resultado prohibido) y la subjetiva (contempla la intención defraudatoria), sin que no falten soluciones de síntesis como la que representa la STS/I 22-diciembre-1997 (recurso 1.667/1993)" pero mayoritariamente la doctrina de la Sala IV se inclina por afirmar que en materia de fraude de ley "el elemento fundamental consiste en la intención maliciosa de violar la norma (así, las SSTS/ IV 11-octubre-1991 -recurso 195/1991 - y 5- diciembre-1991 -recurso 626/1991 -), pues en la concepción de nuestro Derecho, el fraude es algo integrado por un elemento subjetivo o de intención, de manera que para que pueda hablarse de fraude es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico, persiga, pretenda, o muestre el propósito, de eludir otra norma del propio ordenamiento ( STS/IV 6-febrero-2003 -recurso 1.207/2002 EDJ 2003/7.186); y en la entraña y en la propia naturaleza del fraude de ley está la creación de una apariencia de realidad con el propósito torticero de obtener de ella unas consecuencias que la auténtica realidad, no aparente, sino deliberadamente encubierta, no permitirían ( STS 5-diciembre-1991 -recurso 626/1991 ). O lo que es igual, el fraude de ley que define el art. 6.4 CC es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico





que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma, o con una posible elección errónea del tipo contractual que corresponde a un determinado propósito negocial".

También es constante la doctrina de la Sala IV al afirmar que el fraude de Ley no se presume y que ha de ser acreditado por el que lo invoca (así, la STS de 14 de mayo de 2008 y las allí citadas de 16 de febrero de 1993 -Rec. 2.655/91 -; 18 de julio de 1994 -Rec. 137/94 -; 21 de junio de 2004 -Rec. 3.143/03 -; y 14 de marzo de 2005 -rco 6/04-), lo que puede hacerse -como en el abuso del derecho- mediante pruebas directas o indirectas, admitiendo las presunciones entre estas últimas el el HYPERLINK "[http://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?nref=7611&producto\\_inicial=A&anchor=ART.1253](http://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?nref=7611&producto_inicial=A&anchor=ART.1253)" Art. 1.253 del CC (actualmente, HYPERLINK "javascript:" Arts. 385 y 386 de la LECiv ) ( STS Sala general de 24 de marzo de 2015, Rec. 217/2014 , y las allí citadas de 4 de febrero de 1999 -Rec. 896/98 -; ... 14 de mayo de 2008 -Rec. 884/07 -; y 06 de noviembre de 2008 -Rec. 4.255/07 -).

Su existencia, en todo caso, sólo podrá declararse si existen indicios suficientes de ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados. En relación con la carga y más concretamente con la prueba por presunciones, dispone el art. 386.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , relativo a las judiciales, que "a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" y que "la sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción".

En el presente caso, se procedió a la extinción de los contratos por causas productivas, con fundamento en la extinción de la contrata, cuando en realidad, alega la parte actora y así lo acoge la juzgadora a quo, del relato de hechos probados se evidencia que la mercantil BABE y CIA SL trata de eludir la subrogación en los derechos y obligaciones de los trabajadores y en concreto asumir el personal de la antigua contrata.

Para resolver la contienda planteada resultan relevantes los siguientes datos:

1º) GONFIESA tenía adjudicada desde el año 1998 la distribución de los carburantes de CEPSA (gasóleos, gasolinas, fuel ...) para la zona Castilla y León (con centros de trabajo en Gijón, Burgos, Valladolid y León), Asturias (con centro de trabajo en Gijón), Cantabria, y Ceuta; utilizando para ello 18 cabezas tractoras, 37 cisternas y 12 vehículos rígidos; todos los camiones cisterna utilizaban la imagen y el distintivo de la petrolera CEPSA. Su plantilla ascendía a 42 trabajadores.

Previa la autorización de CEPSA, ocasionalmente concertaba portes para otros clientes, que representaban el 9% del negocio de la compañía, en cuyo caso operaba con las denominadas cisternas blancas.

2º) BABE y CIA SL es una empresa de transporte de hidrocarburos (gasolinas, gasóleos, fueles y residuos líquidos) en todo el Noroeste de la Península, que desarrolla análogos cometidos que GONFIESA para CEPSA, pero en una área geográfica distinta. Disponía con este fin de los medios de transporte y de la plantilla necesaria para ello.

3º) En junio de 2014 CEPSA, con el fin de abaratar los costes de distribución, decidió dar por finalizado el contrato de distribución y transporte de carburantes y combustibles que mantenía con GONFIESA, con efectos del 31 de diciembre de 2014, adjudicando dicho servicio a BABE y CIA SL a partir del 1 de enero siguiente.

4º) A mediados del mes de septiembre de 2014 GONFIESA y BABE y CIA SL iniciaron conversaciones con vistas a la transmisión de los vehículos de la primera a la segunda y a la subrogación en una parte de la plantilla de personal de la primera (33 trabajadores, entre ellos los 6 mecánicos-conductores del centro de trabajo de Gijón).

5º) A lo largo del mes de diciembre de 2014 GONFIESA y BABE y CIA SL participan en distintos portes de combustible desde el puerto de Gijón para clientes de CEPSA, utilizando para ello vehículos de la primera.

6º) El 22 de diciembre de 2014 CEPSA autorizaba el traspaso de GONFIESA a BABE y CIA SL de los distintivos y precintos electrónicos que había empleado para CEPSA correspondientes a 8 cabezas tractoras, 21 cisternas y 11 rígidos.

El día 30 de diciembre de 2014, previa la cancelación de las cargas que pesaban sobre ellos y por intermedio del comisionista Ouswood Center SL, BABE y CIA SL adquiere los expresados vehículos por el precio de 1.405.571 euros, IVA aparte.

7º) El día 17 de diciembre de 2014 GONFIESA daba por concluido sin acuerdo el periodo de consultas iniciado el día 10 de noviembre de 2014 para el despido colectivo de su plantilla por causas productivas, y el día 31 comunicaba por carta el despido a 35 trabajadores, entre ellos los dos actores.



A la vista de estos datos la juzgadora a quo considera que hay indicios suficientes para entender que existió un fraude de ley consistente en la utilización de la cobertura que ofrece el Art. 51 del Ley del Estatuto de los Trabajadores , para dejar limpia la empresa de unos trabajadores, con una antigüedad reconocida en algún caso desde el año 1975 (no se olvida que con anterioridad GONFIESA prestaba análogo servicios para la desaparecida CAMPSA), y evitar así la aplicación de la previsión subrogatoria del Art. 44 del Estatuto de los Trabajadores , que necesariamente ha de tener como consecuencia declarar la nulidad de la medida empresarial.

Ello obliga a analizar si concurren los datos y circunstancias necesarias para que haya lugar a la aplicación de lo previsto en el precepto legal que se trato de eludir.

**CUARTO.-** El marco legal de la sucesión de empresas se recoge en el Art. 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , tras la reforma operada por la Ley 12/2001, de 9 julio, que supuso la trasposición al ordenamiento español de la Directiva 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE (posteriormente sustituida por Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001), sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

Señala la STS de 18 de febrero de 2014 (Rec. 108/2013 ), con cita de la de 28-abril-2009 (rcud. 4.614/2007 ), que "la sucesión de empresa, regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , impone al empresario que pasa a ser nuevo titular de la empresa, el centro de trabajo o una unidad productiva autónoma de la misma, la subrogación en los derechos laborales y de Seguridad Social que tenía el anterior titular con sus trabajadores, subrogación que opera "ope legis" sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes, sin perjuicio de las responsabilidades que para cedente y cesionario establece el apartado 3 del precitado artículo 44" y añade, con cita de la sentencia de 12 de diciembre de 2002 (Rec. 764/02 ),: "el supuesto de hecho del art. 44 del ET , al que se anuda la consecuencia jurídica de la sucesión o subrogación de un nuevo empleador en la posición del anterior empresario, presenta una cierta complejidad. La ley española lo describe en términos genéricos como "cambio de titularidad" de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma". Dejando a un lado el caso especial de sucesión en la empresa "mortis causa" a que se refiere el art. 49.1 g) del ET , los acontecimientos constitutivos del cambio de titularidad de la empresa o de alguno de sus elementos dotado de autonomía productiva, han de ser, siguiendo la formulación de la propia ley española, actos "inter vivos" determinantes de una "transmisión" del objeto sobre el que versa (la "empresa" en su conjunto, un "centro de trabajo", o una "unidad productiva autónoma") por parte de un sujeto "cedente", que es el empresario anterior, a un sujeto "cesionario", que es el empresario sucesor.

La Directiva 98/59 CE, de 29 de junio de 1998, ha aclarado este concepto genérico de transmisión o traspaso de empresa, a través de una serie de precisiones sobre el significado de la normativa comunitaria en la materia. Esta aclaración se efectúa, según puntualiza el preámbulo de dicha disposición de la CE, "a la luz de la jurisprudencia" del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. La exposición de motivos de la propia Directiva 98/50 se encarga de señalar a continuación, que la aclaración efectuada "no supone una modificación del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE de acuerdo con la interpretación del Tribunal".

(...) El elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos ahora examinados, consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986, Spijkens, 24/85; de 11 de marzo de 1997, Sützen, C-13/95 ; de 20 de noviembre de 2003, Abler y otros, -340/01 y de 15 de diciembre de 2005, Guney-Gorres, C.232/04 y 233/04). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada ( sentencia de 19 de septiembre de 19956, Rygaard, C-4888/94 ), infiriéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Sützen y Abler y otros, antes citadas).

Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y de la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (asunto Sützen antes citado).]"



En todo caso ( STS/IV 10-mayo-2013, rcud. 683/2012 , entre otras), hay que tener presente que el elemento característico de la sucesión de empresa es la transmisión " de una persona a otra" de "la titularidad de una empresa o centro de trabajo", entendiéndose por tal " una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente". El mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida "continúe efectivamente" o que luego "se reanude".

En definitiva, para la aplicación del art. 44 del ET se exige la concurrencia de dos elementos o requisitos, uno de carácter subjetivo y otro objetivo, consistentes, respectivamente en la sustitución de un empresario por otro en una misma actividad empresarial y en la transmisión del primero al segundo de los elementos patrimoniales necesarios que permitan continuar con la misma actividad que el anterior siempre que concorra alguna circunstancia que demuestre la permanencia en la misma por parte del adquirente, lo que puede deducirse, por encima de formalismos o simplificaciones, tanto de que se hayan transmitido los elementos patrimoniales como de otros elementos no tan visibles como pueden serlo la clientela, los directivos, la organización del trabajo, los métodos o en su caso los medios de explotación transmitidos ( SSTS 24-09-2012, -Rec. 3.252/2011 ; 25-09-2012, -Rec. 3.023/2011 ; 26-09-2012, - Rec. 4.150/2011 y 14-11-2012, -Rec. 3.939/2011 ).

En otras palabras, para que opere el régimen de garantías que se consagra en el Art. 44 del ET : mantenimiento de contratos, conservación de contenido contractual y régimen de responsabilidad solidaria, la jurisprudencia ha venido insistiendo en que la entidad económica transmitida conserve su identidad entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una determinada actividad económica esencial o accesoria; en este sentido advierte la STS de 24 de julio de 2013 (Rec. 3.228/2012 ) que "ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET , salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación". De esta manera en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera en virtud del mandato legal si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una "sucesión de plantillas", sino que la subrogación a la empresa entrante respecto a los trabajadores de la saliente será la establecida en el convenio colectivo aplicable y con los requisitos y límites que el mismo establezca.

Así las cosas, la negociación colectiva de sectores especialmente afectados por una fuerte rotación de mano de obra y por frecuentes sucesiones empresariales sin transmisión de activos, como es el sector de limpieza o el de las empresas de seguridad (en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra) han ido perfilando una subrogación convencional cuya fuerza de obligar para las partes surge precisamente de la norma paccionada o bien, más limitadamente, de la fuerza contractual que se deriva de un pliego de condiciones administrativas que la impone, apartándose así del carácter automático, imperativo e inderogable de la transmisión legal de empresa. En estos casos de contrata sucesivas en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, dice la jurisprudencia (por todas, STS de 23 de mayo de 2005 y las allí citadas de 12 de diciembre de 1997 -Rec. 164/97 -, 29 de enero de 2002 -Rec. 4.749/00 -, y 14 de marzo de 2005 -Rec. 6/04 ), que no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida.

En el concreto supuesto debatido, el convenio colectivo aplicable será el sectorial, esto es, el II Acuerdo general para las empresas de transporte de mercancías por carretera pues es palpable que una subrogación de este tipo no puede venir impuesta por un convenio de empresa, ni en el de la cedente ni en el de la cesionaria que agotaban su eficacia entre su propio personal.

El Art. 25.1 de la expresada norma sectorial, relativo a la subrogación determina que "se acuerda encargar a la Comisión Paritaria el estudio de la viabilidad de la aplicación de un régimen de subrogación empresarial para determinadas actividades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de este II Acuerdo general. Los acuerdos que se alcancen dentro del seno de la Comisión, que a tal efecto deberá incorporar a la totalidad de los sujetos legitimados para la negociación, aunque no hayan sido firmantes del mismo, tendrán la misma eficacia que el presente II Acuerdo general, habiendo de solicitar de la Autoridad Laboral el registro y posterior publicación de los mismos en el «Boletín Oficial del Estado».

La Comisión Paritaria mantendrá un mínimo de tres reuniones anuales monográficas sobre esta materia, comenzando en el año 2011. Su primer objetivo será analizar la posible aplicación de la subrogación a las actividades denominadas «in house»".

Es patente que al presente nos encontramos en un supuesto de subrogación de una actividad de las denominadas «in house», sin embargo no se ha acreditado en la causa que la Comisión Paritaria haya cumplido con aquel mandato ni haya alcanzado ningún acuerdo en vistas a establecer una subrogación convencional, y en tal caso, habrá que estar a lo dispuesto en el Art. 26 de la norma convencional que, en referencia a la



sucesión de empresa, transcribe el Art. 44.1 del ET y determina "el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo las relaciones laborales, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del empresario anterior incluyendo los compromisos de pensiones, y en general en cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido la empresa cedente".

Pues bien, como señala la juzgadora a quo con cita de la STS de la STSJUE de 9 de septiembre de 2015 (asunto 160/14), entre GONFIESA y BABE y CIA SL medio una transmisión de una unidad productiva autónoma, concretada en la continuación de la actividad mercantil de distribución y transporte de productos petrolíferos con unos vehículos específicamente identificados con la marca de CEPESA y especialmente equipados para el desarrollo del negocio con los precintos electrónicos de la empresa principal. Dicha transmisión se instrumenta jurídicamente como un cambio de contrata y se materializa mediante la compraventa del material de transporte.

No es un obstáculo a tal conclusión el hecho de que la transmisión de los camiones-cisterna se llevara a cabo mediante la intervención de un comisionista contratado ad hoc, pues no es solo que, así lo recuerda la resolución de instancia, la correspondencia electrónica entre las partes evidencie que la operación de compra ya se encontraba cerrada el 22 de diciembre de 2014 entre la contrata saliente y al entrante con el visto bueno de CEPESA, habiendo verificado previamente la compradora la fiabilidad de los vehículos mediante la participación conjunta en las entregas a los clientes efectuadas a lo largo del mes de diciembre, conforme se relata en el ordinal trigésimo primero, sino porque las explicaciones ofrecidas por la recurrente para justificar la sorpresiva intervención del comisionista (los menores costes de la operación si intervenía un tercero en lugar de hacerlo directamente entre las dos empresas afectadas, después de varios meses de negociación) carecen de cualquier consistencia, pues resulta palpable que el comisionista encarecería el negocio con su intervención.

En otras palabras dicha intervención dado el estado alcanzado en las negociaciones con el beneplácito de la petrolera resultaba completamente innecesaria y la única explicación plausible para la misma era la voluntad de las afectadas de enmascarar la transmisión ya perfeccionada entre ambas compañías con el fin de eludir sus responsabilidades laborales (así lo admite expresamente GONFIESA en la carta de despido cuando señala que la venta de la flota a BABE y CIA SL había fracasado y por ello se había visto obligada a llevar la venta al mercado).

En cualquier caso, tal como ha señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia Süzen (STJUE de 11 de marzo de 1997, C-13/95), la inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario no puede revestir una importancia decisiva a este respecto, a pesar de que puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva. También puede producirse la cesión en dos etapas, a través de un tercero, como el propietario o el arrendador (sentencia de 7 de marzo de 1996 Mercks y Neuhyus, asuntos acumulados C-171/94 y C72/94). Tampoco excluye la aplicación de la Directiva la circunstancia de que el servicio o contrata de que se trate haya sido concedido o adjudicado por un organismo de Derecho público (sentencia de 15 de octubre de 1996, Merke, 298/94). En definitiva como señaló la HYPERLINK "[http://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?nref=7db4b34b&producto\\_inicial=A](http://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?nref=7db4b34b&producto_inicial=A)" STS de 7 de diciembre de 2011 (Rec. 4665/2010)

En definitiva como señaló la STS de 7 de diciembre de 2011 (Rec. 4.665/2010) "para determinar si ha existido o no sucesión de empresa, no es determinante si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, sino si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad".

En este caso ha quedado acreditado que a partir de 1-1-2015 BABE y CIA SL mantuvo la contrata de transportes de combustibles con CEPESA para atender a los clientes del área de reparto que desde los años 90 del pasado siglo tenía asignada GONFIESA, y que para la ejecución de tal contrata adquirió una parte sustancial de la flota camiones-cisterna con sus correspondientes tarjetas de transporte. En consecuencia existió el traspaso de medios materiales productivos entre las empresas que dan lugar a una sucesión entre ellas en los términos exigidos por el HYPERLINK "[http://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?nref=7cb34a3&producto\\_inicial=A&anchor=ART.44](http://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?nref=7cb34a3&producto_inicial=A&anchor=ART.44)" artículo 44 del ET. No constituye un obstáculo a tal conclusión el hecho de que el número de vehículos transmitidos representasen solamente el 60% de la flota, habida cuenta que se trataba de la maquinaria más moderna y eficiente (en el material circulante vendido únicamente se constata una matrícula con la LE), lo que hace presumir que el resto de la flota se hallaba obsoleta y carecía de utilidad en términos rentables, lo que vendría acreditado por el hecho de que GONFIESA no haya hecho la menor referencia a los importes a los que ascendió la liquidación de ese otro material.





En este sentido la STJUE de 9 de septiembre de 2015, en el asunto Ferreira da Silva e Brito y otros nº C-160/2014 determino que el concepto de «transmisión de un centro de actividad» abarca una situación en la que se disuelve una empresa activa en el mercado de los vuelos chárter por parte de su accionista mayoritario, que es a su vez una empresa de transporte aéreo, y en la que, posteriormente, esta última asume la posición de la sociedad disuelta en los contratos de arrendamiento de aviones y en los contratos vigentes de vuelos chárter, desarrolla la actividad antes efectuada por la sociedad disuelta, readmite a algunos de los trabajadores hasta entonces afectados a esa sociedad y los coloca en funciones idénticas a las ejercidas anteriormente, y recibe pequeños equipamientos de esa sociedad (FJ 23 y 35).

Después de recordar que para determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión ..., advierte el Tribunal que "en una situación como la controvertida en el litigio principal, que se refiere al sector del transporte aéreo, la transmisión de materiales debe considerarse un elemento esencial para apreciar la existencia de una «transmisión de centro de actividad», en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 (véase, en este sentido, la sentencia Liikenne, C-172/99 , EU:C:2001:59 , apartado 39). A este respecto, de la resolución de remisión se desprende que TAP asumió la posición de AIA en los contratos de arrendamiento de aviones y utilizó éstos de manera efectiva, lo que acredita la utilización de elementos indispensables para proseguir la actividad anteriormente ejercida por AIA". (FJ 29 y 30).

Pues bien no otra es la situación aquí analizada, bien que referida al transporte terrestre, ya que la nueva contrata no solo mantuvo las rutas y los clientes de la primera, sino que se hizo cargo de una parte sustancial de sus activos materiales plenamente operativos, con sus correspondientes distintivos, tarjetas de transporte y precintos, utilizándolos para atender idénticos cometidos a los que previamente se hallaban asignados lo que evidencia la continuidad de la actividad desarrollada por GONFIESA con los mismos medios de transporte empleados por esta.

A este respecto no resulta relevante que la mercantil BABE y CIA SL no asumiera una parte sustancial de la plantilla de la primitiva contrata o que las nuevas contrataciones efectuadas por la empresa de Redondela para atender el nuevo área de negocio lo fueran en un número inferior a los que hasta la sazón venía empleando GONFIESA, pues de una parte la subrogación en la plantilla en un supuesto como el examinado no es condición sino consecuencia del negocio transmisivo analizado. Como más arriba es ha dicho la mera sucesión de contratistas no está contemplada en el artículo 44 del ET . cuando no existe transmisión de activos patrimoniales necesarios para la explotación contratada. Pero la subrogación empresarial que el citado precepto estatutario impone si se produce cuando se transmite una organización empresarial en aquellos supuestos denominados "sucesión de plantillas", en los que la actividad descansa, esencialmente, en el factor humano, en la organización y dirección de la actividad del personal cualificado que se emplea en la ejecución del servicio contratado; lo que como hemos visto no es supuesto, ya que la organización empresarial no reposa esencialmente en el factor humano en tanto precisa unos materiales y unas instalaciones importantes para su desenvolvimiento. Por otra parte, una vez consolidada la transmisión del negocio, nada impedía a la mercantil BABE y CIA SL la amortización de los puestos de trabajo excedentarios.

**QUINTO.-** Llegados a este punto, es el momento de retomar el análisis de los datos fácticos para comprobar si de los mismos emergen indicios suficientes para afirmar la existencia del fraude de ley que se afirma en la resolución de instancia.

Al respecto hemos de tener en cuenta que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial es al Juez de instancia a quien compete fundamentalmente la apreciación del fraude de Ley ya que a él le están atribuidas las más amplias facultades para la apreciación de la prueba, habiendo declarado esta Sala en la sentencia de 13 de diciembre de 2013 (Rec. 2.104/2013 ) que "no se puede obviar el hecho de que la apreciación del fraude de ley corresponde, de modo primordial, al juzgador de instancia, dada la inmediatez que caracteriza a la fase procesal en que actúa y, como consecuencia, ser el órgano jurisdiccional que, además de ostentar la facultad, que a la vez es un deber, de evaluar todos los elementos de convicción, mejor puede detectar la apariencia de legalidad bajo la cual puede ocultarse la intención de quien pretende valerse de aquélla con una finalidad contraria a la propia normativa de la que se ha hecho uso, o excluir la voluntad ilícita al respecto, debiendo, en consecuencia, ser mantenida por la Sala, en trámite de duplicación, la conclusión sentada por el juzgador "a quo", habida cuenta del carácter extraordinario de dicha impugnación que, como es sabido, no constituye una segunda instancia, de no resultar contraria al criterio humano o desvirtuados los hechos que sirven de soporte a dicha convicción y así nos lo recuerda también la STS de 12 de mayo de 2009 diciendo que "tradicionalmente se ha mantenido que la facultad para valorar la conducta de las partes corresponde al Juez, al fijar los hechos



probados y razonar en sus fundamentos lo que le ha llevado a tal convicción ( Art. 97.2), en valoración y juicio que podrán ser revisados en el recurso extraordinario de suplicación ( Art. 190 de la LPL )".

Pues bien en el presente caso para sustentar su criterio la juzgadora a quo toma en consideración, en primer lugar, el dato de que GONFIESA, tan pronto tuvo noticias de la pérdida de la contrata, abrió negociaciones con BABE y CIA SL para transmitirle el personal y la flota que empleaba para ejecutar el trabajo, en la línea marcada por el Art. 25.1 del convenio, remitiéndolo listados con las características de los vehículos y la relación de trabajadores, y que, como confirman los correos electrónicos cruzados entre los responsables de ambas compañías, estas conversaciones fructificaron y se concretaron en pactos con la elección de vehículos, acuerdos para su mantenimiento y fijación de los precios de venta de cada uno de ellos, como se corrobora con la emisión de las facturas pro forma que el 10 de diciembre de 2014 remitió el Sr. Narciso de GONFIESA a BABE y CIA SL para que las revisara, precios que por lo demás coinciden con los que se afirman abonados por el comisionista el 30 de diciembre siguiente (ordinales 17 y 28).

El segundo elemento que toma en consideración la juzgadora a quo es el informe emitido por la Inspección de Trabajo, documento en el que el inspector actuante refleja que fue el propio Consejero Delegado de GONFIESA el que le manifestó que, respecto del traspaso del personal, la empresa gallega había impuesto como condición la tramitación de un expediente de regulación de empleo a terminar con acuerdo y, no resulta dudoso el dato a la vista de lo establecido en el párrafo segundo del Art. 23 de Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social .

Que esto fue así se desprende igualmente del tercer dato valorado por la juzgadora a quo, cual es el contenido de las primeras actas del periodo de consultas en que la patronal presentó un plan de acompañamiento social que incluía la recolocación de trabajadores en BABE, la recolocación de un trabajador en Legitrans y la entrega de cartas de recomendación; de suerte que fue cuando los representantes de los trabajadores exigieron la presencia de BABE y CIA SL en la mesa de negociación, que aquellas negociaciones fracasaron, puesto que en definitiva lo único que perseguía la patronal con las mismas era la extinción de los contratos de trabajo, y, fue entonces, cuando ambas compañías simulaban la ruptura del trato sobre la compraventa de la flota, con la entrada del comisionista que más arriba se ha analizado.

Pues bien, frente a tan claras y rotundas conclusiones no pude prevalecer el criterio de una de la sociedad recurrente cuando la misma se limita a señalar que tales "argumentos y razones no están acreditados, que son meras suposiciones o errores indiscutibles de la documental examinada". Ha de advertirse, antes de seguir adelante, que en la impugnación de la prueba de presunciones debe tenerse en cuenta que es posible obtener conclusiones distintas de unos mismos hechos, pues las deducciones no tienen por qué ser únicas, pueden ser varias y siempre dentro de las reglas de la sana crítica, que no están contenidas en precepto legal alguno y, por tanto, quedan reducidas a que no pueden obtenerse conclusiones ilógicas, ilegales o absurdas ( SSTS-Sala IV de 17 de junio de 1986 , 28 de enero , 31 de marzo y 18 de noviembre de 1987 y 22 de julio 1991 , y SSTS-Sala I de 28 de junio de 2000 , 14 de junio de 2002 , 13 de febrero , 20 de mayo de 2004 y 20 de junio de 2006 ).

En el supuesto debatido, la Sala no puede sino compartir el criterio de la juzgadora de instancia, puesto que de los hechos que se consideran probados puede deducirse, siquiera lo sea mediante el uso de las presunciones que permite el Art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que ambas compañías instrumentaron el despido colectivo con la intención de defraudar el Art. 26 del convenio colectivo sectorial, el Art. 44 de la norma estatutaria y la Directiva 2001/23/CE del Consejo , que regulan la subrogación empresarial en los derechos y obligaciones contraídos con los trabajadores en caso de traspaso de empresas, centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, y dicha conclusión, que parece lógica y razonable, resulta que no ha sido combatida con éxito por la recurrente, pues ninguno de los hechos base de los que parte ha resultado modificado y, en consecuencia, habrá que entender que la Sentencia de instancia no infringió, antes al contrario, interpretó y aplicó correctamente los preceptos que se denuncian en el motivo , ya que de los hechos analizados, se extrae la existencia de una conducta fraudulenta patronal encaminada, única y exclusivamente, a consumir la transmisión de una unidad productiva limpia del personal obrero.

**SEXTO.-** Destina la recurrente el segundo de los motivos de censura jurídica a cuestionar el salario regulador del despido de ambos trabajadores, denunciando como infringidos los Arts. 49.1 en relación con el Art. 55.5 y 6 y 56.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores .

Básicamente viene a decir que como quiera que hasta la notificación de la sentencia no se enteró de cuál era el salario de los actores no pudo mostrar su disconformidad en la instancia; añadiendo seguidamente que en el hecho probado vigésimo séptimo se declara probado un salario mensual para D. Ángel de 2.565,42 euros mensuales y de 2.286,98 euros mensuales en el caso de D. Porfirio , por lo que una vez multiplicado tal salario por 12 mensualidades y dividido por 365 días nos daría un salario regulador de, respectivamente, 84,34 y 75,18 euros diarios y no los 91,15 y 81,59 euros que se declaran en la resolución de instancia.





Ante ello cabe decir, que la parte ya intereso idéntica cuestión en sede de aclaración de al sentencia, habiendo resuelto la juzgadora a quo en la resolución de 1 de marzo de 2016 que tal cuestión relativa al salario de los actores había resultado pacífica entre las partes, por lo que constituye una cuestión nueva que no puede ser objeto de examen en este recurso de suplicación. La naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación impide que las partes puedan plantear cuestiones que no fueron debidamente alegadas en su momento ante el Juzgado de instancia, ya que admitir lo contrario supondría causar indefensión a la contraparte que se vio privada de la posibilidad de practicar pruebas y realizar alegaciones en el acto de juicio para combatir estas alegaciones de contrario, a la vez que se sustrae la cuestión del conocimiento del juez "a quo". Así, se declara, entre otras, en las SSTs de 26 de septiembre de 2001 y 4 de octubre de 2007 .

Lo dicho, no obstante, subsistiendo inalterado el relato histórico de instancia, la Sala tampoco puede compartir la forma de argumentar de la parte recurrente porque en ella se da por sentado algo que, a la vista del expresado relato fáctico de la resolución impugnada, no lo está. Efectivamente en los antecedentes de hecho primero y cuarto de aquella resolución la juzgadora de instancia fija una salario diario de 91,15 euros y 81,59 euros para D. Ángel y D. Porfirio , respectivamente, después de declarar como probados los salarios mensuales que allí se especifican y, en consecuencia, resulta inútil aquí la remisión a los preceptos legales que se citan como infringidos, cuando el contenido de la modificación propuesta no se ha intentado siquiera incluirlo en el relato fáctico por la vía que autoriza la letra b) del Art. 193 de la LRJS .

En todo caso y en relación con la cuestión de cuál es el salario que debe tenerse en cuenta para calcular la indemnización, la jurisprudencia ha sido unánime en el sentido de señalar que es aquél que recibe el trabajador en el momento del despido ( SSTs de 8 junio de 1998 , 17 de julio de 1990 , 30 de mayo de 2003 , 27 de septiembre 2004 , 12 de mayo de 2005 y 24 de octubre de 2006 ). Advierte la STS de 12 mayo 2005 (Rec. 2.776/04 ), que, "el salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo circunstancias especiales"; en el bien entendido que "(...) que el salario a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido improcedente y salarios de tramitación, no es el que trabajador viniera percibiendo realmente en el momento del despido de ser inferior al establecido en convenio colectivo aplicable, sino precisamente, dado el carácter mínimo e irrenunciable de la norma convencional, el fijado en la misma en función de las circunstancias concretas de antigüedad y categoría profesional del trabajador" ( STS de 27-12-10, Rec. 1.751/2010 ).

En concreto y en relación con la cuestión relativa al cálculo del salario diario a efectos indemnizatorios, esto es, si el salario diario computable se debe calcular dividiendo por treinta días el salario mensual o dividiendo el salario anual por los trescientos sesenta y cinco días del año, advierte la doctrina unificada ( STS Sala 4ª, de 17-12-13, Rec. 521/2013 ) que "la divergencia doctrinal señalada ya ha sido unificada por esta Sala en sus sentencias de 27 de octubre de 2005, Rec. 2.531/04 , 30 de junio de 2008, Rec. 2.639/07 , y 24 de enero de 2011 y 9 de mayo de 2011 , Rec. 2.018/10 y 2.374/10 ) en favor de la tesis sostenida por la sentencia de contraste. No se ofrecen motivos que justifiquen un cambio de criterio que se sustenta, como en esas sentencias se dice en que "los parámetros que establece el artículo 56.1 ET para cuantificar la indemnización que corresponde son el salario diario y el tiempo de prestación de servicios (textualmente: «cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio»), y el primero de aquéllos no puede sino consistir en el cociente que resulte de dividir -supuesto de declararse probado el salario anual- esta retribución global por los 365 días que al año corresponden (366 para el caso de año bisiesto); y no por la cifra que en definitiva se mantiene en la decisión recurrida, la de 360 días, que es el resultado obtenido al multiplicar los dos divisores utilizados (12x30) y que responde al erróneo criterio de prescindir que la mensualidad tiene el promedio real de 30,42 días (365/12) y atender a los artificiales 30 días a menudo utilizados por la práctica forense con inequívoco apoyo en la redacción originaria -vigente hasta el Decreto 1.836/1974, de 31/Mayo del art. 7 CC (<<si en las leyes se habla de meses ... se entenderá que los meses son de treinta días .... Si los meses se determinan por sus nombres, se computarán por los días que respectivamente tengan») y que también en ocasiones establece el legislador (así, para la determinación de la base reguladora en las situaciones de IT, conforme al art. 13 Decreto 1646/72 >>.

Pues bien en el supuesto debatido, partiendo como hace la recurrente del salario mensual que se declara como probado y, multiplicando dicha cuantía por 15 pagas, de conformidad con lo previsto en el Art. 12 del VIII Convenio Colectivo de González Fierro SA (BOE 16-11-16) que, en relación con las pagas extraordinarias determina que "las pagas extraordinarias, de Navidad, Julio y Beneficios, se abonarán en la cuantía de 30 días naturales, a razón del salario base más plus de consolidación, y se harán efectivas en la fecha señalada por el acuerdo general antes citado. El devengo de tales pagas será anual. Sin perjuicio de que el citado devengo se realiza de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores, a continuación se detallan los periodos de aplicación: Navidad: Del 1 de enero al 31 de diciembre. Julio: Del 1 de julio al 30 de junio. Beneficios: Del 1 de marzo al 28/29 de febrero", resultaría que el salario del primero de los trabajadores citados ascendería a 105,41 euros diarios y a 93,98 euros en el del segundo.



**SEPTIMO.-** Sin solución de continuidad y en el mismo motivo del recurso se invoca seguidamente la vulneración del Art. 49.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores porque, se argumenta, habiendo fallecido D. Porfirio el día 1 de noviembre de 2015, esto es en el lapso de tiempo transcurrido entre el despido y el dictado de la sentencia, solo cabría el abono de los salarios de tramitación hasta dicha fecha, pero en manera alguna el abono de una indemnización como si de un despido improcedente se tratara.

Con idénticos argumentos y citando la infracción del mismo precepto legal formula un segundo motivo de suplicación la dirección letrada de la empresa GONFIESA, razón por la cual también aquí se examinarán conjuntamente ambos alegatos.

La cuestión planteada en el motivo ha sido abordada por la reciente sentencia del TS de 7 de julio de 2015 (Rec. 1.581/2014 ) aplicando la misma la misma solución adoptada en casos precedentes si bien para despidos declarados improcedentes. Razona en tal sentido la Sala IV:

"A este respecto hay que señalar que esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en supuestos similares al ahora debatido y lo ha hecho en las sentencias de 4 de mayo de 2005, recurso 1899/2004 : 28 de junio de 2006, recurso 428/2005 ; 20 de septiembre de 2012, recurso 3705/2011 y 28 de enero de 2013, recurso 149/2012 . En esta última se contiene el siguiente razonamiento: "CUARTO.- 1.- Justificada así la inaplicabilidad del art. 48.2 ET al caso de autos, la doctrina que hasta la fecha ha sido seguida por esta Sala en supuestos de idéntica imposibilidad readmisoria sobrevenida [contratos temporales extinguidos con anterioridad a la sentencia; fallecimiento del trabajador acaecido en idéntica circunstancia; o declaración de IP], es básicamente la que sigue:

a).- Cuando desaparece un término de la obligación alternativa establecida en el art. 56 ET , por no ser posible la readmisión del trabajador, en tal caso «debe aplicarse el art. 1.134 del Código Civil , manteniéndose la obligación del empresario de cumplir el otro miembro de la obligación alternativa, es decir, la indemnización, ... y ello porque ... los perjuicios causados por despido improcedente, ... no son sólo los materiales [pérdida de salario y puesto de trabajo] sino otros de naturaleza inmaterial [pérdida de oportunidad de ejercitar la actividad profesional, de prestigio e imagen en el mercado de trabajo] ... que deben ser indemnizados» ( SSTS 29/01/97 -rcud 3.461/95 ; 28/04/97 -rcud 1.076/96 -; 22/04/98 -rcud 4.354/97 -; 19/09/00 -rcud 3.904/99 -; 23/07/09 -rcud 1.187/08 -).

b).- «La construcción de la responsabilidad derivada del despido deberá coherer con el marco general establecido por el Código Civil en sus artículos 1.101 al 1.136 con las especialidades derivadas del Estatuto de los Trabajadores a propósito de la extinción del contrato de trabajo a consecuencia del despido .... El artículo 1.101 del Código Civil establece el principio general de responsabilidad en el ámbito de las obligaciones y siendo la injusta extinción de una relación laboral, lo que priva a una de las partes, el trabajador, del trabajo reconocido como deber-derecho ciudadano al amparo del artículo 35 de la Constitución Española , tal decisión voluntariamente adoptada por el empresario deberá comportar responsabilidad para éste» y «una peculiaridad del ordenamiento laboral como es la de conferir al deudor, empresario, la posibilidad de opción entre las dos obligaciones, no puede, por lógica, cerrar el camino a la solución iuscivilista establecida en aras de la protección del acreedor, pues lo contrario supondría dejar a éste indefenso, en un medio como el laboral orientado a la tutela del trabajador» ( STS 13/05/03 -rcud 813/02 -) ....

Y continúa "pero también hay otra razón de peso que justifica la solución indemnizatoria tradicional en los casos en que la readmisión sea imposible por causas que afecten al propio trabajador [fallecimiento; y declaración de Incapacidad Permanente] o a la misma relación laboral [expiración del plazo en contratos temporales]. Y es la de que la indemnización legalmente prevista para el despido improcedente ofrece - como anteriormente se apuntó- destacadas peculiaridades respecto de la establecida en Derecho común, tal como han destacado la Sala en cuatro sentencias de 31/05/06 [recursos 5310/04 ; 1763/05 ; 2644/05 ; y 3165/05 ], y entre las que destacar muy significativamente un carácter que tradicionalmente hemos calificado de objetivamente tasado, siquiera en los últimos tiempos -como antes señalamos- se hayan admitido indemnizaciones complementarias por conculcación de derechos fundamentales".

Aplicando la doctrina expuesta al supuesto debatido la censura jurídica no puede tener una favorable acogida.

**OCTAVO.-** En conclusión, la condena por el cauce de despido a las empresas hoy recurrentes que se contiene en la sentencia recurrida a hacerse cargo de los trabajadores demandante por cumplirse las previsiones de subrogación previstas en el artículo 14 del Convenio de Empresas de Seguridad se muestra como doctrina ajustada a derecho lo que determina la necesidad de desestimar sus recursos y supone la condena en costas de las empresas recurrentes, tal y como previene el artículo 235 de la LRJS , en las que se incluirá como honorarios de los letrados de la parte recurrida, impugnantes del recurso, la cantidad de 400 euros respectivamente para cada una de las empresas y a favor de cada uno de los letrados recurrentes, y la pérdida del depósito constituido para recurrir.



**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que desestimamos los recursos de Suplicación interpuestos, respectivamente, por la dirección técnica de la empresa "BABE y CIA SL" y por la dirección letrada de la empresa "GONZALEZ FIERRO SA" contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón de fecha 11 de febrero de dos mil dieciséis, dictada en los autos 122/15 y acumulados, resolviendo la demanda sobre Despido instada por Eusebio, Juan Pablo, Adrian, Regina, Ángel y Balbino frente a la referidas mercantiles y contra el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, confirmando la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos. Todo ello con expresa condena a las recurrentes que deberán abonar en concepto de honorarios a cada uno de los letrados de las partes recurridas la cantidad de 400 euros.

Dese a los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir el destino legal.

### *Medios de impugnación*

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercibimientos en él contenidos.

### *Tasas judiciales para recurrir*

La tramitación del recurso de casación para unificación de doctrina no constituye hecho imponible, y por tanto no se requiere la liquidación de tasas (Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V 3674-23 de 26-12-2013).

### *Depósito para recurrir*

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 ?), estando exento el recurrente que**: fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

**Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta** de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

### *Consignación o aseguramiento del importe de la condena*

Asimismo, por aplicación del Art. 230 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la parte condenada que no goce del derecho de justicia gratuita deberá acreditar, al preparar el recurso, haber **consignado** en la citada cuenta, (y por separado del depósito citado), la cantidad objeto de condena, -o el incremento de cuantía respecto de la fijada por el Juzgado de lo Social, o bien el importe de la mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad social o su incremento-; puede sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito.

Caso de ingresar el depósito para recurrir o las consignaciones a través de **transferencia**, el código IBAN es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, identificando la cuenta del recurso como quedó dicho para el ingreso del depósito.

### *Exenciones de los depósitos y consignaciones*



El Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, estarán **exentos** de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

Pásense las actuaciones al Sr./Sra. Letrado/a de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ