



Roj: **STSJ M 7425/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:7425**

Id Cendoj: **28079340062017100603**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/06/2017**

Nº de Recurso: **295/2017**

Nº de Resolución: **614/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS LACAMBRA MORERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34016050

NIG : 28.092.00.4-2016/0001249

Procedimiento Recurso de Suplicación 295/2017

MATERIA: DESPIDO

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 2 DE MÓSTOLES

Autos de Origen: DEMANDA 552/16

RECURRENTE/S: AIDATER SL, CEDIPSA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO SA, CEPSA

RECURRIDO/S: D. Jesús Luis

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En Madrid, a veintiséis de junio de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE** , **DON LUIS LACAMBRA MORERA, DOÑA M^a JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA** , Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 614

En el recurso de suplicación nº **295/17** interpuesto por el Letrado D. Arsenio en nombre y representación de **AIDATER SL, CEDIPSA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO SA, CEPSA** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **2 DE MÓSTOLES** de los de MADRID, de fecha **31 DE OCTUBRE DE 2016** , ha sido Ponente el Ilmo. Sr. **D. LUIS LACAMBRA MORERA**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **552/16** del Juzgado de lo Social nº **2 DE MÓSTOLES** de los de Madrid, se presentó demanda por D. Jesús Luis contra, **AIDATER SL, CEDIPSA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO SA, CEPSA** en reclamación de **DESPIDO**, y que en su día se celebró el acto

de la vista, habiéndose dictado sentencia en **31 DE OCTUBRE DE 2016** cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Estimo la demanda formulada por D. Jesús Luis , frente a AIDATER SL, CEDIPSA COMPAÑIA ESPAÑOLA DISTRIBUIDORA DE PETROLEO S.A y CEPESA y declaro la nulidad de la decisión extintiva de su contrato de trabajo acordada por la empresa Aidater S.L, con efectos de 08-04-16, y habiendo tenido lugar una sucesión de empresas en fecha 03-05-16, condeno de forma solidaria a todas las demandadas a estar y pasar por esta declaración, así como a que readmitan al trabajador de manera inmediata, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha indicada, a razón de 55'99 euros brutos diarios prorrateados, debiendo en este supuesto reintegrar el trabajador la indemnización recibida ascendente a 20.156'40 euros una vez firme esta sentencia."

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- El actor, D. Jesús Luis , prestaba sus servicios para la empresa demandada Aidater, S.L., con antigüedad de 20-06-91, ostentando la categoría profesional de Vendedor, y percibiendo un salario diario bruto de 55'99 euros, promedio del salario mensual bruto prorrateado percibido en el periodo octubre 2015 a marzo 2016 (183 días).

SEGUNDO.- Mediante carta de 08-04-16 la empresa citada en el hecho anterior notificó al demandante su despido objetivo, con efectos desde esa fecha. En dicho acto le fue hecha efectiva la cantidad de 20.156'40 euros en concepto de indemnización, y de 784'33 euros en concepto de quince días por falta de preaviso.

TERCERO.- El demandante prestaba servicios en la Estación de Servicio sito en la Ctra. N-V, Madrid-Badajoz, km. 19 0, junto con otros doce trabajadores, siendo la antigüedad del Encargado la de 31-05-88, y el trabajador demandante el siguiente con mayor antigüedad.

CUARTO.- Los ingresos de Aidater conforme a las Declaraciones Trimestrales de IVA del periodo julio 2014 a enero 2016, ascendió a los siguientes importes:

3º trimestre 2014/ 2015: 1.578.827'33 / 1.293.887'74

4º trimestre 2014/2015 : 1.583.704'38 / 1.312.968'61

1º trimestre 2015/2016 : 1.335.334'02 / 1.166.371'30

QUINTO.- Los resultados de la empresa citada, Aidater, conforme a la Cuenta de Pérdidas y Ganancias depositada en el Registro Mercantil, en el ejercicio 2014 fueron negativos en 565.596'63 euros; y en 2015, conforme a los mismos documentos, los resultados fueron positivos en 29.932'98 euros. El resultado de explotación respectivamente conforme a las referidas cuentas fue de 207.188'05 y de -31.370'99 euros

SEXTO.- Con fecha 19-12-86 se formalizó contrato de cesión de explotación de Estación de Servicio, Arrendamiento de Industria y de Exclusiva de Venta entre las empresas Campsa y Aidater, por la que la primera, en calidad de titular del conjunto de inmuebles, muebles y enseres, expectativas y fondo de comercio que globalmente constituían la Industria de Estación de Servicio situada en el P.K. 19 de la CN-V Madrid- Badajoz, confería a la segunda bajo la fórmula de Arrendamiento de Industria o de Negocio la gestión directa de las actividades objeto de la Estación de Servicio. Conforme a la estipulación 2ª), la duración se pactó por un plazo de veinticinco años, prorrogables sucesivamente durante cinco años; en la estipulación 9ª) se reguló la extinción del contrato, dándose aquí por reproducido su contenido.

SEPTIMO.- Con fecha 03-05-16 la demandada Cepsa Comercial Petróleo -que había adquirido, como consecuencia de la escisión de CAMPSA del año 1992, la Estación de Servicio sita en la N-V P.K 19-, formalizó con Aidater contrato de resolución del contrato de Arrendamiento suscrito entre esta última y CAMPSA en fecha 19-12-86, de mutuo acuerdo. Conforme a la cláusula tercera del referido contrato la plantilla del personal de la Estación de Servicio es la que figura en el Anexo II, integrada por doce trabajadores, entre los cuales no figuraba el demandante.

OCTAVO.- Con esa misma fecha, 03-05-16, CEPESA Comercial de Petróleo, S.A.U. Formalizó contrato de arrendamiento de industria de Estación de Servicio con Cedipsa, por la que la primera cedía a la segunda en régimen de arrendamiento de industria, la explotación de la Estación de Servicio sita en la Ctra. N-V, P.K. 19,2. En la cláusula undécima, bajo el epígrafe de laboral, se hace referencia a la plantilla del personal de la Estación de Servicio, con remisión a la que figura en el Anexo V, en el que figuran 3 trabajadores.

NOVENO.- Se agotó el trámite previo conciliatorio."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala. Habiéndose señalado para votación y fallo el día **21 de junio de 2017**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de instancia ha declarado nulo el despido del actor, fundado en causas económicas, pronunciamiento que se recurre en suplicación por las codemandadas COMPAÑÍA ESPAÑOLA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEOS, S.A (CEDIPSA), CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A (CEPSA), y por AIDATER, S.A, esta última como empleadora del trabajador demandante que ha extinguido el contrato por las causas referidas.

Las circunstancias que constan en autos son las siguientes:

1.- El actor ha prestado servicios para AIDATER, S.A, en la estación de servicio de la carreta N-V Madrid-Badajoz, con categoría de vendedor, desde 20-6-1991. Dicha empresa llevaba a cabo la gestión directa de dicha actividad, en virtud de arrendamiento de industria concertado con CAMPSA el 19-12-1986, con duración del contrato por tiempo de 25 años.

2.- El 3-5-2016 CEPSA, que había asumido la actividad de CAMPSA en 1992, resolvió el contrato antes referido con AIDATER, sin figurar el actor en la plantilla del personal referida en el anexo II del contrato, compuesta por 12 trabajadores. En esta misma fecha CEPSA formalizó contrato de arrendamiento de industria con CEDIPSA cediendo a esta la explotación de la estación de servicio en la que el actor había desempeñado su actividad, figurando en el contrato una plantilla de 3 trabajadores (anexo V).

3.- El demandante fue despedido por AIDATER el 8-4-2016 con efectos desde esa misma fecha por causas económicas.

SEGUNDO .- El recurso de esta última empresa se inicia con motivo amparado en el art. 193, b) de la LRJS , para impugnar la declaración que con valor de hecho probado se contiene en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de instancia (*"tampoco concurre disminución persistente del nivel de ingresos, pues en los tres últimos trimestres solo disminuyó esa cifra en el primer trimestre de 2016"*) . Tanto las partes como la Sala han de estar a la declaración que se refiere a los datos y cifras declaradas en el factum, que en lo concerniente a la facturación de la empresa constan en el ordinal cuarto. En este punto, el detalle que la empresa recurrente refleja en la exposición del motivo se corresponde con la prueba documental que cita, de tal modo que la evolución de los ingresos en el tercer y cuarto trimestre de 2015, en relación con el mismo período de 2014, es efectivamente decreciente. Sin embargo, no se proporcionan datos respecto del segundo trimestre de ambos años, pues los meses que se ponen en comparación, en el hecho probado cuarto de la sentencia son los del primer, tercero y cuarto trimestre, y el recurso se refiere exclusivamente a los meses de julio a diciembre (de 2014 y 2015) es decir de dos trimestres consecutivos, el tercero y el cuarto, sin mención a las cifras del segundo trimestre.

El art. 51.1 del ET indica que *"se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior"*. A tenor de este precepto, la situación económica negativa ha de constatarse durante tres trimestres consecutivos, comparando el trimestre respectivo entre uno y otro año, y en el caso actual la operación comparativa se realiza, como ya se ha dicho, entre meses de 2014 y 2015 del tercer y cuarto trimestre, o, según resulta del ordinal cuarto, entre los trimestres primero, tercero y cuarto. Siendo así, al término consecutivo debe dársele su propio sentido, como sinónimo de siguiente o sucesivo, supuesto que por lo expresado no entra en la norma estatutaria citada.

TERCERO.- En motivo siguiente, amparado en el art. 193, c) de la LRJS , se alega infracción de los art. 51.1 y 52, c) del ET . En este apartado la recurrente centra la denuncia jurídica en argumento según el cual la causa económica se acredita cuando se produce una disminución persistente de los ingresos o ventas de tres trimestres consecutivos. Esta consideración se comparte por la Sala, como no podía de ser de otro modo, puesto que así lo establece la norma. Pero de nuevo ha de insistirse en lo indicado antes sobre los períodos que la empresa computa: tercer y cuarto trimestre de 2014 y 2015, añadiendo ahora el primer trimestre, que en el motivo anterior no menciona. Y ya se ha señalado que este cómputo no es válido para determinar la concurrencia de la causa, pues a tal fin deberían de constar las cifras del segundo, tercero y cuarto trimestre de 2014 y 2015, como períodos en orden inmediato o subsiguiente, y como nada consta en relación con el segundo trimestre, se contravendría la norma si se prescindiera de este específico dato, norma que ha de ser interpretada, sin duda, en su forma y sentido literal, sin necesidad de otras pautas complementarias exegéticas, dada la claridad de sus términos. Finalmente, aunque la declaración del fundamento de derecho cuarto de la sentencia sobre la disminución persistente del nivel de ingresos- a la que la recurrente se refería en el motivo



anterior- no se corresponda con lo plasmado en el ordinal cuarto, lo cierto es que al no haber constancia de los ingresos del segundo trimestre de ambos años, la solución no puede ser otra que la desestimación del motivo.

CUARTO.- En el recurso de CEDIPSA y CEPESA, con dos motivos amparados en el art. 193, c) de la LRJS, se alega en primer término los arts. 52, c) y 51.1 del ET infracción del ET. Para la resolución de esta denuncia jurídica, dado que la narración fáctica no se cuestiona, han de tomarse en cuenta las consideraciones expuestas en los apartados anteriores respecto de los periodos objeto de examen, siendo aquí totalmente transferible lo señalado respecto de la aplicación del criterio que la norma estatutaria utiliza para describir las causas económicas como sustento del despido y que, en lo que al caso enjuiciado concierne, quedan reflejadas en el ordinal cuarto, a cuyo contenido, ha de estarse.

QUINTO .- En el siguiente motivo se citan como infringidos los arts. 17 y 53.4 del ET y 14 de la CE . La sentencia de instancia ha declarado nulo el despido del actor al entender que tras la medida extintiva acordada por AIDATER se oculta un acto discriminatorio mostrado en el hecho de que el demandante es el único trabajador despedido de los que componían la plantilla de la empresa. Nada indica la sentencia sobre la antigüedad de aquel como elemento diferenciador utilizado por la empresa respecto de los demás trabajadores, y siendo así, tampoco cabe abordar las razones del recurso conectadas con tal aspecto, asentadas en una presunción que no tiene base. En consecuencia, las consideraciones que atañen a este específico punto no pueden ser abordadas por la Sala, si la resolución recurrida señala que la nulidad obedece, sin más, a que el único contrato extinguido ha sido el del actor. Otra cosa es que en el proceder de la contratista haya concurrido fraude por distinta razón de la que más adelante nos referiremos, pero la que se esgrime en la sentencia como fundamento de la nulidad no se comparte, en tanto no haya indicios fehacientes y sólidos de una actuación anticonstitucional que no está probada.

SEXTO. - A continuación se cita como infringido el art. 44 del ET . Aunque a tenor de los ordinales primero, sexto, séptimo y octavo, sea cierto que cuando se produjo la subrogación empresarial, el 3-5-2016, el actor ya no formaba parte de la plantilla de AIDATER, ya que la relación laboral con esta empresa la había extinguido 26 días antes, el 8- 4-2016, no puede eludirse la constatación de un proceder claramente fraudulento entre las codemandadas, cuyos efectos legales no pueden ser otros que la declaración de responsabilidad solidaria declarada en la sentencia, centrada en tal actuación.

Resulta significativo que 23 días antes de la formalización del contrato de arrendamiento de industria celebrado entre CEPESA y CEDISA, en cuya virtud esta se hacía cargo de la explotación del negocio antes gestionado por AIDATER, se adoptara la decisión de despedir al actor con base en causas que no están acreditadas, con la finalidad de eludir la subrogación en el trabajador, habiendo señalado la STS de de 23 de septiembre de 2014 (rec. casación 231/2013) que:

«En cuanto a la acreditación del fraude de Ley, en esta misma sentencia de la Sala se razona que : "el fraude de Ley no se presume y ha de ser acreditado por el que lo invoca (SSTS 16/02/93 -rec. 2655/91 -; ... 21/06/04 -rec. 3143/03 -; y 14/03/05 -rcv 6/04 -], lo que puede hacerse -como en el abuso del derecho- mediante pruebas directas o indirectas, admitiendo las presunciones entre estas últimas el art. 1253 CC [actualmente, arts. 385 y 386 LECiv] (SSTS 04/02/99 -rec. 896/98 -; ... 14/05/08 -rcud 884/07 -; y 06/11/08 -rcud 4255/07); y aunque el fraude 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 (SSTS 04/07/94 -rcud 2513/93 -; ... 16/01/96 -rec. 693/95 -; y 31/05/07 -rcud 401/06 -), de todas formas es suficiente con que los datos objetivos revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley (SSTS 19/06/95 -rcv 2371/94 -; y 31/05/07 -rcud 401/06 -) ". En el mismo sentido sentencias de 18-02-2014 (recurso casación 151/2013), 18 (3) -02-2014 (recursos casación 115/2013 , 151/2013 y 228/2013) ", 19/02 - 2014 (recurso casación 150/2013). 20-02-2014 (recurso casación 116/2013), 14-04-2014 (recurso casación 208/2013), 15-04-2014 (recurso casación 86/2013), 16-04-2014 (recursos casación 152/2013 y 261/2013) y 20-05-2014 (recurso casación 153/2013).

En el conocimiento de que a raíz de la nueva contrata, la empresa que se iba a hacer cargo del servicio debía de suceder a la contratista anterior ex art. 44 del ET , asumiendo a su plantilla, se procedió a despedir al actor unos días antes de la fecha en que iba a comenzar dicha contrata, dato que por su evidencia y valor, deja bien claramente justificada la aplicación al caso del art. 6.4 del Código Civil .

SÉPTIMO.- Atendiendo a lo expuesto, se estima el recurso en su pretensión subsidiaria articulada en tercer lugar, declarándose la improcedencia del despido, con los efectos regulados en el art. 56.1 del ET y disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012 , teniendo en cuenta antigüedad del actor de 20-6-1991 y salario diario de 55,99 euros, datos no impugnados.

OCTAVO.- Procede reintegrar el depósito a las empresas recurrentes, decretándose la pérdida del constituido por AIDATER, cuyo recurso no se ha estimado.



NOVENO .- Por lo que se refiere a las costas, no procede su imposición, dado que por la parte actora no se ha impugnado el recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por COMPAÑÍA ESPAÑOLA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEOS, S.A (CEDIPSA) y CEPESA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A (CEPSA) contra sentencia dictada el 31-10 2016 por el Juzgado de lo Social número 2 de Móstoles, en autos 552/2016, y con revocación de la misma, declaramos improcedente el despido del actor D. Arsenio , por lo que debemos condenar y condenamos a las codemandadas a abonar de forma solidaria al referido trabajador la cantidad de **52.070,70** euros en concepto de indemnización, de la que habrá de descontarse la ya percibida de **20.156,40** euros, debiendo de optar entre la readmisión del demandante en su mismo puesto y condiciones de trabajo o el abono de dicha indemnización, opción que habrá de hacerse en el plazo de cinco días en la Secretaría de la Sala, entendiéndose que de no formularse al respecto manifestación alguna se opta por la readmisión, en cuyo caso se abonarán al actor en concepto de salarios de tramitación, 55,99 euros diarios desde el despido hasta que esta sentencia se notifique. Desestimamos el recurso formulado por AIDATER, S.A. Al depósito constituido por esta última se le dará su destino legal. Devuélvase el depósito a COMPAÑÍA ESPAÑOLA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEOS, S.A (CEDIPSA) y CEPESA COMERCIAL PETRÓLEO, S.A (CEPSA). Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **295/17** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 295/17), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S).

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.