



Roj: **STSJ M 1029/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:1029**

Id Cendoj: **28079340032018100017**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **22/01/2018**

Nº de Recurso: **462/2017**

Nº de Resolución: **26/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE IGNACIO DE ORO-PULIDO SANZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34016050

NIG : 28.079.00.4-2015/0023081

Procedimiento Recurso de Suplicación 462/2017

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 32 de Madrid Despidos / Ceses en general 514/2015

Materia : Despido

Sentencia número: 26/18-FG

Ilmos. Sres.

D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

En Madrid, a veintidós de enero de dos mil dieciocho, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 3 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los **Ilmos. Sres.** citados, 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

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 462/2017, formalizado por el letrado D. GUILLERMO MUÑOZ CASTANDER en nombre y representación de Dña. María Antonieta , contra la sentencia de fecha 02/12/2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 32 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 514/2015, seguidos a instancia de Dña. María Antonieta frente a Dña. Edurne , en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- La actora prestaba servicios para la parte demandada desde el 01/02/96, con categoría de farmacéutica y salario de 1.340, 86 € con prorrateo de pagas extras, prestando servicios en un 50% de la jornada de trabajo habitual.

SEGUNDO.- La actora prestaba servicios para D^a Raimunda que traspasó el negocio de farmacia a la hoy demandada, la cual se subrogó el 16/04/2015 y el 17 de abril del mismo año comunicó su despido a la actora, mediante carta que obra unida a autos.

TERCERO.- La empresa reconoció la improcedencia del despido.

CUARTO.- El desglose de las cantidades pedidas consta en el hecho quinto de la demanda.

QUINTO.- Los dos días que solicitan que se le abonen como descanso son sábado y domingo siguientes al cese.

SEXTO.- Se le han abonado 32.351,63 € de indemnización el 18/05/15.

SÉPTIMO.- La empresa demandada reconoció vacaciones de los dos días que trabajó y se le abonó de finiquito 83,63 €. La empresa demandada entiende que el resto de cantidades pedidas le corresponde a la anterior empresaria.

OCTAVO.- La actora no ha sido representante de los trabajadores durante el último año ni en la actualidad.

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

Que con estimación de la demanda despido presentada por D./Dña María Antonieta contra D./Dña. Edurne debo declarar y declaro improcedente el despido de la actora correspondiéndole la cantidad ya abonada 32.351,63 € en concepto de indemnización. Y con desestimación de la demanda de cantidad presentada por D./Dña María Antonieta contra D./Dña. Edurne debo absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos deducidos en su contra.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte Dña. María Antonieta , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la letrada Dña. MARIA VICENTA ORTIZ MUÑOZ en nombre y representación de Dña. Edurne .

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 02/06/2017, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 16/01/2018 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. - Frente a la sentencia de instancia que estimó en parte la demanda formulada que declaró improcedente el despido de que fue objeto la actora y rechazó la reclamación de cantidad, se interpone el presente recurso de suplicación por el demandante que tiene por objeto: a) la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia y; b) el examen de la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia cometidas por la referida resolución.

SEGUNDO. - Mediante el primer motivo del recurso formulado al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social interesa la recurrente la revisión del relato fáctico de la sentencia de instancia, concretamente el ordinal segundo para que se ajuste al siguiente tenor literal: "*La actora prestaba servicios para D^a Raimunda que traspasó el negocio de farmacia a la hoy demandada, la cual se subrogó el 16/04/2015 y el 17 de abril del mismo año comunicó su despido a la actora, mediante carta de obra unida a autos, y en la que se establecía que el despido se producía por motivo de la sobredimensión de personal en la farmacia y la falta de poder adquisitivo de la empresa.*" , lo que basa en el documento 2 aportado con la demanda.



La jurisprudencia viene exigiendo en numerosas sentencias de las que se citan las del TS de fecha 5-6-11 (Recurso. 158/2010), 24-2-2014 (Recurso: 268/2011), 25-6-14 (Recurso: 198/13), que para estimar este motivo es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso, debiendo identificarse el documento y señalar el punto específico del contenido de cada documento que pone de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo, mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que se propone; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente es esta instancia pudiera resultar en otras superiores.

Se accede a la pretensión, pues así figura reflejado en la carta de despido y puede tener sus efectos de la reclamación de la cantidad que se realiza.

TERCERO. - El motivo tercero del recurso, formulado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la infracción de los artículos 44 y 36.1 del Estatuto de los Trabajadores .

Sostiene en síntesis la recurrente que la demandada debe abonar el importe correspondiente a las vacaciones del año 2015 por el periodo en el que prestó servicios para la anterior titular de la oficina de farmacia, al haberse subrogado en las obligaciones de aquella la nueva titular, de conformidad con los preceptos invocados.

El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en sus tres primeros dispone: "1. *El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.*

*2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe **sucesión** de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoría.*

3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito."

No se niega la existencia de una **sucesión** de empresa, que por otra parte es evidente al concurrir los elementos previstos en el apartado segundo del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , por lo que resulta claro que existe una responsabilidad solidaria entre la anterior titular de la oficina de farmacia y la actual farmacéutica de conformidad con lo reseñado en el apartado tercero que establece la responsabilidad de ambos titulares en las obligaciones nacidas antes de que tenga lugar la cesión, no obstante entendemos que en este caso no ha quedado acreditado que la empresa adeude a la actora suma alguna por este concepto, pues en el ordinal séptimo del relato fáctico figura que "La empresa demandada reconoció vacaciones de los dos días que trabajó



y se le abonó de finiquito 83,63 €.", afirmando en el ordinal quinto de la demanda que la suma que la empresa le debe abonar por 109 días de vacaciones es 349, 83 euros y en el último párrafo del motivo admite que la empresa abonó en el mes de septiembre de 2015 la suma 341, 68 euros por este concepto, por lo que teniendo en cuenta esta suma y el importe que le abonó en concepto de finiquito previamente -que no figura desglosado- no se puede concluir que la pequeña diferencia que se reclama, 8, 12 euros no esté incluida en la liquidación

CUARTO. - El cuarto motivo del recurso, formulado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la infracción de los artículos 44 y 37 del Estatuto de los Trabajadores .

Sostiene la recurrente que como trabajó durante los 5 días laborables de última semana en que presto servicios para la titular de la farmacia doña Eurne , la empresa adeudaría una compensación por el descanso semanal que sigue a cada semana de trabajo.

No puede prosperar esta pretensión, pues el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores dispone que los trabajadores tienen derecho a un descanso de un día y medio a la semana -siete días-, que puede distribuirse acumulándolo en periodos de hasta 14 días, lo que supone que la actora no puede trabajar más de 5 días y medio seguidos, pues después de este periodo tiene derecho a descansar y en el presente caso ha trabajado durante 5 días seguidos, ni un día más, que es lo que prevé el Estatuto de los Trabajadores, por lo que no tiene derecho a ser retribuida por un periodo que se extiende más allá de la relación laboral.

QUINTO. - El último motivo del recurso, formulado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la infracción del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores .

Sostiene en síntesis la recurrente que el reconocimiento de la improcedencia del despido objetivo por el empresario no exime al empresario de abonar al trabajador el importe del preaviso previsto en el artículo 53.1 c) del Estatuto de los Trabajadores .

Debe estimarse esta pretensión de la recurrente, pues tal como refleja la carta de despido, este se fundamenta en que la farmacia está sobredimensionada de personal, por lo que es evidente que se está ante un despido basado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y el artículo 123.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social dispone para los despidos objetivos que *"Cuando se declare improcedente o nula la decisión extintiva, se condenará al empresario en los términos previstos para el despido disciplinario, sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al período de preaviso."* , de donde se desprende con claridad que no es incompatible el reconocimiento de improcedencia del despido con el abono del preaviso previsto legalmente y así se ha reseñado también por el Tribunal Supremo en sentencias de 28 de febrero 2005 (Recurso: 1110/2004) y 15 de Enero del 2008 (Recurso: 635/2007), recogiendo esta última *"Ante la claridad de lo dispuesto en el art. 123.2 de la Ley de Procedimiento Laboral , al establecer que "cuando se declare improcedente o nula la decisión extintiva, se condenará al empresario en los términos previstos por el despido disciplinario, sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al período de preaviso", no cabe olvidar que la adopción del acuerdo de extinción del contrato por causas objetivas exige la observancia entre otros requisitos, el relativo a conceder un plazo de preaviso de 30 días, computado desde la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo (art. 51.1 c del Estatuto de los Trabajadores) y que durante tal período de preaviso (en donde está vigente el contrato), el trabajador tendrá derecho sin pérdida de su retribución a una licencia de 6 horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo y la no concesión de este período de preaviso, si bien no anula la extinción, obliga al empresario al abono de los salarios correspondientes a dicho período de vigencia de existencia de contrato (art. 53.2 y 4 del Estatuto de los Trabajadores) [...] pues se trata de retribuciones salariales correspondientes a distintas situaciones, una vigente el contrato de trabajo y la otra correspondiente a la situación en que el contrato ya está extinguido"* , y ya ha declarado también esta Sala entre otras en sentencia de 21 de julio de 2009 (Recurso: 1829/2009), por lo que estimamos en parte el recurso y ante la falta de abono del preaviso debe condenarse a la misma al abono de esa cantidad en la cuantía reclamada.

No procede el abono de los intereses moratorios que se solicita en el suplico del recurso, pues no fueron solicitados en la demanda -se trata de una cuestión nueva- y no se formula tampoco ningún motivo al respecto, reseñando tan solo que los mismos no vienen regulados en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores , sino en el 29.3.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por doña María Antonieta , contra la sentencia de 2 de diciembre de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social número 32 de los de Madrid , en autos número



514/2015, seguidos a instancia de la recurrente contra Edurne , y en su consecuencia revocamos en parte aquélla, y manteniendo la declaraciones referentes la improcedencia, condenamos a la demandada a abonar además a la actora la suma de 670,43 euros en concepto de preaviso. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-0462-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, 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).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. 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. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2828- 0000-00-0462-17.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día 05/02/2018 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.