



Roj: **STSJ AS 636/2018 - ECLI: ES:TSJAS:2018:636**

Id Cendoj: **33044340012018100448**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **20/02/2018**

Nº de Recurso: **3185/2017**

Nº de Resolución: **397/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JESUS MARIA MARTIN MORILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00397/2018

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33004 44 4 2017 0000700

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0003185 /2017

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000352 /2017

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Matilde BAR-RESTAURANTE CASA NITO

ABOGADO/A: JOSE ANTONIO MENENDEZ FERNANDEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Virginia **ABOGADO/A: PROCURADOR:**

GRADUADO/A SOCIAL: JOSE MARIA VILLANUEVA RETUERTO

SENTENCIA Nº 397/18

En OVIEDO, a veinte de febrero de dos mil dieciocho.

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^a. 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 NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL



ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0003185/2017, formalizado por el Letrado D. JOSE ANTONIO MENEDEZ FERNANDEZ, en nombre y representación de la empresa NURIA SUAREZ SUAREZ BAR-RESTAURANTE CASA NITO, contra la sentencia número 335/2017 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de AVILES en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000352/2017, seguidos a instancia de Virginia frente a la empresa NURIA SUAREZ SUAREZ BAR-RESTAURANTE CASA NITO, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo Sr **D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a. Virginia presentó demanda contra la empresa NURIA SUAREZ SUAREZ BAR-RESTAURANTE CASA NITO, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 335/2017, de fecha cuatro de octubre de dos mil diecisiete.

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

1º) La demandante doña Virginia, cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de su demanda, presta servicios por cuenta y bajo la dependencia de doña Matilde con un salario mensual de 895,43 €, y categoría profesional de cocinera. Presta sus servicios en el Bar Restaurante Casa Nito, sito en la Plaza del Ayuntamiento nº 10 de Villayón.

2º) La actora celebró los siguientes contratos, todos ellos para trabajar en el citado Bar Restaurante Casa Nito, que no varió su denominación:

- Con don Fabio, contrato de trabajo de duración determinada como ayudante de cocina a tiempo parcial desde el 1 de agosto de 2010. Causó baja en la Seguridad Social para tal empleador el 31 de julio de 2011.

- Con don Jorge como ayudante de cocina. Causó baja para tal empleador el 30 de julio de 2016.

- Con doña Matilde contrato indefinido a tiempo parcial de 24 horas de fecha 2 de agosto de 2016 como cocinera.

3º) Don Jorge comunicó el día 15 de julio de 2016 a la trabajadora:

Por la presente se le comunica que el próximo 30 de julio del año en curso finaliza el contrato con la empresa en base al artículo 52 c estatutos de trabajadores por causa económica al producirse el cese de actividad por finalización de contrato de arrendamiento de locales donde se ejercía la actividad. Sirva este documento como comunicación de la citada finalización, dejando de prestar servicios con la citada fecha.

Con fecha treinta de julio de dos mil dieciséis la trabajadora percibió la suma de 2.679,99 euros como indemnización.

4º) La empresa entregó a la trabajadora la siguiente comunicación el día 16 de abril de 2017:

Muy señora nuestra:

Por medio de la presente se le comunica que la dirección de esta empresa ha decidido DESPEDIRLA, con efectos del día 15 de abril de 2017, por los siguientes hechos cometidos por usted:

1) Disminución voluntaria y continuada en el rendimiento normal o pactado.

2) Malos tratos de palabra u obra, abuso de autoridad o falta grave al respecto y consideración al empresario, personas delegadas por éste, así como demás trabajadores.

3) Provocar u originar frecuentes riñas o pependencias con los demás trabajadores.

Tales hechos son constitutivos de un incumplimiento contractual muy grave, tipificado como justa causa de despido en el artículo 44 c) del Convenio Colectivo de Hostelería y similares del Principado de Asturias, figurando los mismos en los artículos 43.6, 43.7 y 43.8 del citado Convenio.

Con esta fecha ponemos a su disposición la cantidad correspondiente a los días trabajados del presente mes y las vacaciones pendientes de disfrutar.

A esta Dirección de la empresa no le consta que el trabajador se halle afiliado a algún sindicato, por lo que no se ha dado audiencia a los Delegados Sindicales.

Con el ruego de que acuse recibo de este escrito, le saluda atentamente.

5º) La empresa adeuda a la trabajadora la suma de 162,55 euros y 6,85 euros, por diferencias en el salario del mes de enero de dos mil diecisiete y en la liquidación, débito admitido por la demandada en este juicio.

La trabajadora percibió entre agosto de 2016 y diciembre de 2016 la cantidad de 118,07 mensual como prorrata de pagas extraordinarias.

6º) Es aplicable el Convenio Colectivo de Hostelería del Principado de Asturias.

7º) La demandante no es representante de los trabajadores, ni ostenta cargo sindical.

8º) Se celebró acto de conciliación el 22 de mayo de dos mil diecisiete, que concluyó con el resultado sin avenencia.

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

Estimando la demanda formulada por doña Virginia contra doña Matilde, debo declarar y declaro la improcedencia del despido que le fue notificado a la demandante, condenando a la demandada a que, a su elección, la cual deberán ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, la readmita en su puesto de trabajo o a indemnizarlo en la suma de 7197,79 euros. En caso de que se opte por la readmisión, la trabajadora tendrá derecho a los salarios de tramitación, por cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de esta sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a la sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento. Igualmente se condena a la demandada a abonar a la trabajadora demandante la cantidad de cuatrocientos treinta euros (430 €) por salarios debidos.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la empresa NURIA SUAREZ SUAREZ BAR-RESTAURANTE CASA NITO formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

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 22 de diciembre de 2017.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 8 de febrero de 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.- La Sentencia del Juzgado de lo social núm. 2 de Avilés de 4 de octubre de dos mil diecisiete estimó la demanda formulada por la trabajadora, declarando la improcedencia del despido acordado por la empresa Bar Restaurante Casa Nito-Nuria Suárez Suárez el día 24 de mayo de 2013 y, frente a dicha resolución judicial, interpone recurso de Suplicación la dirección letrada de la parte demandada interesando, desde la doble perspectiva que autoriza el Art. 193 b) c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, la revocación de la resolución de instancia en el sentido de fijar la antigüedad de la demandante en el día 2 de agosto de 2016 a efectos de la indemnización por despido.

SEGUNDO.- Destina el Letrado recurrente los dos primeros motivo del recurso a la revisión del relato histórico de instancia, interesando concretamente la modificación de los ordinales primero y cuarto, y ante ello se hace necesario recordar que una reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs 21/10/10 -Rec. 198/09; 18/01/11 -Rec. 98/09; 23/09/2014 -Rec. 66/14 y 21/5/15 -Rec. 257/14) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1º.- Que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.

2º.- Que se citen concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara; es decir, no cabe una cita genérica e indiscriminada de una pluralidad de pruebas documentales o periciales. No es admisible que la parte recurrente mencione genéricamente una pluralidad de documentos o pericias, sin explicitar cómo evidencian el error fáctico de instancia. Debe remitirse a unas concretas e individualizadas pruebas documentales o periciales.

3º.- Que se precisen los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento;



4º.- Que tal variación tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia.

Estas circunstancias y requisitos no concurren en la litis, pues el recurrente no cita en apoyo de su pretensión revisora informe, pericia o documento alguno y, siendo ello así, se conculca lo previsto en el Art. 193.2 de la LRJS . Carente de prueba fehaciente, no puede acogerse una pretensión que cuestiona las facultades valorativas del Juez de lo Social, cuando se ejercitan conforme a la sana crítica, porque no es aceptable que la parte haga un juicio de evaluación personal, en sustitución del más objetivo consumado por el juzgador de instancia y, por tanto, ambos motivos deben ser desestimados.

TERCERO.- En sede de censura jurídica denuncia el letrado recurrente la infracción, por aplicación indebida o interpretación errónea, del Art. 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , texto refundido aprobado por RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, así como de la jurisprudencia que lo aplica e interpreta (por todas SSTS de 27 de abril de 2016, Rec. 329 y 336/2015).

Argumenta que para que resulte aplicable el Art. 44 del ET y opere la subrogación contractual es necesario que el contrato de trabajo continúe en vigor y no se haya extinguido válidamente y, en el supuesto considerado el contrato de la actora se extinguió a medio de despido por causas objetivas el 30 de julio de 2016, y por tanto el cambio de titularidad de la empresa no hace revivir una relación laboral ya fenecida, o lo que es lo mismo, una vez extinguida la relación laboral de la actora con el anterior empleador, no puede hacerse valer frente a su mandante la antigüedad anterior pues ni existió subrogación ex lege ni tampoco en virtud de lo dispuesto en el Art. 9 del convenio colectivo del sector.

El Art. 44.1 del ET determina que 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.

El Art. 9 convenio Colectivo del sector de Hostelería y Similares del Principado de Asturias (BOPA 11/2/2009), en referencia a la subrogación empresarial, determina que los trabajadores de un concesionario del servicio de hostelería que hubiesen venido desarrollando su jornada en un determinado centro o concesión, pasarán al vencimiento de la misma a la nueva empresa adjudicataria, cualquiera que fuese su relación laboral con su anterior empresa, incluyendo los contratos de obra o servicio determinando, afectando tanto a los trabajadores en activo como a aquéllos que tuvieran el contrato suspendido, subrogándose la nueva empresa en todos los derechos y obligaciones de la saliente, respecto del personal. Cuando una empresa en la que viniese realizándose el servicio de restauración de colectividades a través de un concesionario, tome a su cargo directamente dicho servicio, deberá hacerse cargo también de los trabajadores de la empresa concesionaria que prestan sus servicios en el centro de trabajo.

En el supuesto considerado resultan relevantes para la resolución del litigio los siguientes datos:

1º) la actora vino prestando sus servicios como cocinera con un contrato a tiempo parcial, sin solución de continuidad, en el Bar Restaurante Casa Nito de Villayón desde el 1 de agosto de 2010.

2º) durante este tiempo han sido concesionarios del mencionado establecimiento de hostelería los Srs. Fabio , Jorge y, por último, la aquí demanda, Dª Matilde .

3º) con ocasión del vencimiento del contrato de arrendamiento del negocio del que era titular el Sr. Jorge , este comunicó a la actora la terminación de su contrato, con efectos del 30 de julio del año 2016, abonándole la correspondiente indemnización.

4º) la actual empleadora ha continuado la actividad hostelera que habían desarrollado los anteriores adjudicatarios, con el mismo nombre comercial, prestando los mismos servicios y con el mismo mobiliario e instrumentos, sin solución de continuidad.

Resulta evidente, por tanto, que las exigencias del convenio se cumplen en el presente supuesto. Entre la finalización de la adjudicación del negocio al Sr. Jorge y la asunción del nuevo contrato de arrendamiento por parte de la empleadora recurrente no hubo solución de continuidad, continuando la actora en la prestación de sus servicios como cocinera. Hay, en consecuencia, una finalización de servicios por parte de la empresa saliente que, sin solución de continuidad, dio paso a la empresa entrante que efectivamente se subrogó en la posición empresarial de aquélla.

Es claro que la finalidad de la norma convencional es favorecer la continuidad de los trabajadores en sus puestos de trabajo, con independencia de la finalización del encargo por la empresa saliente y la asunción del mismo por la entrante y, por ello, contiene varias previsiones tendentes a facilitar la subrogación impuesta, determinando que cualquiera que hubiese sido su relación laboral con su anterior empresa, pasarán al



vencimiento de la concesión a la nueva empresa adjudicataria, y esto es lo que efectivamente aconteció en el supuesto de autos, sin que enerve la subrogación convencional la liquidación del contrato por el anterior empleador, puesto que ninguna salvedad se hace al respecto en la norma analizada; en otras palabras, no ha habido solución de continuidad en la prestación de servicios de la actora entre la anterior concesionaria y la nueva.

Respecto de la antigüedad a computar, en caso de subrogación convencional, el tiempo de servicios debe comprender todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, tal como señala la STS de 16 de marzo de 1999, a cuyo tenor el tiempo de servicio al que se refiere el Art. 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores sobre la indemnización de despido improcedente debe computar, en caso de subrogación legal o convencional en la posición de empresario de quien no lo ha sido inicialmente, todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, incluyendo desde luego las fases de la misma en la que el trabajador ha estado vinculado con el empresario que la ha dado por terminada, y contando también la fase o fases en que la posición empresarial en la propia relación laboral fue desempeñada por uno o varios empresarios anteriores. El recibo de finiquito que pueda suscribirse en estos casos con el empresario anterior no debe ser interpretado, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1281 y 1282 del Código Civil (invocados para la infracción legal que da sustancia a este recurso de casación), como un documento acreditativo de la terminación de la relación de trabajo, en cuanto que su suscripción viene acompañada de actos coetáneos de continuidad de la misma.

CUARTO.- Procede la imposición de las costas a cargo de la empleadora recurrente de conformidad con lo previsto en el Art. 235 de la LRJS, en las que se incluirán los honorarios del Letrado de la parte recurrida, impugnante del recurso, la cantidad de 500 euros.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la dirección letrada de Matilde contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Avilés de fecha 4 de octubre de dos mil diecisiete, dictada en los autos núm. 352/17, resolviendo la demanda sobre Despido instada por Virginia contra la expresada empleadora, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos. Todo ello con expresa condena en costas a la recurrente que deberá abonar en concepto de honorarios de Letrado de la parte recurrida la cantidad de 500 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 siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos de los artículos 221, 230.3 de la LRJS, y con los **apercibimientos** contenidos en éstos y en los artículos 230.4, 5 y 6 misma Ley.

Depósito para recurrir

Conforme al artículo 229 LRJS, todo condenado que no sea trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, junto a ese escrito debe justificar el ingreso del **depósito para recurrir (600 €)**.

Forma de realizar el depósito

a) Ingreso **directamente en el banco**: se hará 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 Uría nº 1. El nº de cuenta, correspondiente al nº del asunto, se conforma rellenando el campo adecuado con 16 dígitos: 3366 0000 66, seguidos de otros cuatro que indican nº del rollo de Sala (se colocan ceros a su izquierda hasta completar los 4 dígitos); y luego las dos últimas cifras del año del rollo. En el impreso bancario hay indicar en el campo **concepto**: 37 Social Casación Ley 36-2011.

b) Ingreso por **transferencia bancaria**: constará el código IBAN del BS: ES55 0049 3569 9200 0500 1274; y el campo **concepto** aludido.

De efectuarse **diversos pagos o ingresos** en la misma cuenta se hará 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 con el formato dd/mm/aaaa.



Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **no** tificación y registro de la Sentencia.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ