



Roj: **STSJ GAL 1212/2019 - ECLI: ES:TSJGAL:2019:1212**

Id Cendoj: **15030340012019100797**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **28/02/2019**

Nº de Recurso: **3991/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 32054 44 4 2018 0001004

Equipo/usuario: IG

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0003991 /2018 -IG

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000245 /2018

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Torcuato

ABOGADO/A: JOSE ANTONIO PEREZ FERNANDEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS,S.A., LARTELLEIRA SL , Luis Francisco

ABOGADO/A: CARLOS DEL PESO JIMENEZ, RAMON FELIPE GONZALEZ DONIZ , ALINE CASTRO MARTINEZ

PROCURADOR: JUAN LAGE FERNANDEZ-CERVERA

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMA SRª Dª ROSA Mª RODRIGUEZ RODRIGUEZ

ILMA. SRª Dª PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

ILMA. SRª Dª RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a veintiocho de febrero de dos mil diecinueve.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, 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 0003991/2018, formalizado por el Letrado D. José Antonio Pérez Fernández, en nombre y representación de D. Torcuato , contra la sentencia número 347/2018 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de OURENSE en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000245/2018, seguidos a instancia de D. Torcuato frente a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS,S.A., LARTELLEIRA SL y D. Luis Francisco , siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Torcuato presentó demanda contra REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS,S.A., LARTELLEIRA SL y D. Luis Francisco , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 347/2018, de fecha veintiséis de julio de dos mil dieciocho

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: PRIMERO.- El actor vino prestando servicios para la empresa LARTELLEIRA, S.L., desde el 3 julio 2009, desarrollando funciones de expendedor, con salario bruto y prorrateado de 1290,36 euros (hecho no combatido y testificales). SEGUNDO.- El 17 febrero 2018 la citada empresa le hizo entrega por burofax de la siguiente comunicación escrita fechada el 16 febrero 2018 (folios 94 a 96): "ASUNTO: FINALIZACION CONTRATO DE COMISION EN EXCLUSIVA PARA LA VENTA DE COMBUSTIBLES Y CARBURANTES Y ARRENDAMIENTO DE E.S. ENTRE LARTELLEIRA, S.L. Y REPSOL C.P.P., S.A. Muy señor/a Mío/a: El próximo día 05-03-2018 finaliza el contrato de referencia cuyo objeto es la explotación de la Estación de Servicio BENPOSTA, situada en la Carretera OU-105, Km. 2,7, en la localidad de Seixalvo, en la provincia de Ourense, en la que usted presta servicio como empleado. La finalización del contrato viene determinada por la extinción, en dicha fecha, del usufructo que REPSOL, C.P.P., S.A. mantiene sobre el inmueble en donde está situada la Estación de Servicio. Con la finalización del usufructo, el actual titular de la Nuda Propiedad, D. Luis Francisco , con N.I.F. NUM000 , adquirirá el PLENO DOMINIO del inmueble y, en consecuencia, todas las instalaciones y elementos materiales e inmateriales que permiten el desarrollo de la actividad de: Comercio al por menor de combustible para la automatización (CNAE: 4730). Hemos recibido de REPSOL, C.P.P., S.A., mediante correo electrónico, solicitud de entrega de toda la documentación relativa a la actividad que LARTELLEIRA S.L. viene desarrollando en dicha estación de servicio, por lo que entendemos que el nuevo titular del pleno dominio, continuará desarrollando o reanudará la misma actividad, bajo su propia titularidad o la de un tercero. Por todo ello, entendemos que estamos ante un supuesto de "sucesión de empresa", en el sentido establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , por lo que no se extingue la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social, de los trabajadores preexistentes. Próximamente pondremos a su disposición la liquidación en la empresa LARTELLEIRA S.L. a la fecha indicada. Le ruego firme el acuse de recibo de esta comunicación o una copia de la misma, a los solos efectos de constancia de su recepción...". TERCERO.- LARTELLEIRA S.L. entregó al actor documentación de liquidación y finiquito fechado el 5 marzo 2018 (folio 112). Entrego al actor asimismo certificado de empresa fechado el 5 marzo 2018 en el que se consigna como causa de la extinción/suspensión "despido por causas objetivas" (folio 118). CUARTO.- El 5 marzo 1993 por escritura pública notarial que obra a los folios 200 y ss. se da por reproducida, se constituyó un derecho de usufructo sobre la denominada Estación de servicio Bemposta por su titular Asociación Ciudad de los Muchachos en favor de REPSOL Comercial Productos Petrolíferos, S.A. En la misma fecha, 5 marzo 1993, entre las mismas partes se celebró un contrato para la cesión de la explotación de Estación de Servicio y arrendamiento de industria y exclusividad de abastecimiento, que obra a los folios 211 y ss. y se da por reproducido. QUINTO.- El 12 junio 2008 se celebró un contrato de comisión en exclusiva para la venta de combustibles y carburantes y arrendamiento de estación de servicio entre REPSOL Comercial de Productos Petrolíferos S.A., y el nuevo arrendatario LARTELLEIRA S.L., que obra a los folios 119 y ss. y se da por reproducido. En dicho contrato se pactaba una duración hasta el 5 marzo 2018 (folio 124 vuelto). SEXTO.- Al folio 232 obra nota registral requerida por REPSOL y aportada en su ramo de prueba en que consta que Luis Francisco es propietario de la nuda propiedad desde el 12 mayo 2009. SÉPTIMO.- El 16 febrero 2018 REPSOL remitió carta a D. Federico como representante de la empresa LARTELLEIRA S.L., comunicándole que el 6 marzo 2018 se extinguiría el contrato de arrendamiento de industria suscrito. En dicha carta se consignó que "por ello le convocamos el citado 6 de marzo de 2018 a las 10 horas, con el fin de proceder a la entrega de la mencionada ES al nudo propietario de la misma, Luis Francisco , con la



documentación correspondiente, en especial por lo que se refiere a la cláusula cuarta, apartados 4 y 5, del mencionado contrato" (folio 130). OCTAVO.- EL 5 febrero 2018 D. Luis Francisco remitió burofax a REPSOL Comercial de Productos S.A., que obra a los folios 260 y ss. y se da por reproducido, comunicándole que el 6 marzo 2018 se extinguiría el derecho de usufructo sobre la Estación de Servicio requiriéndole para que le entregase la Estación de servicio y determinada documentación en los términos que constan en dicho burofax. NOVENO.- Dicho burofax fue contestado por REPSOL el 16 febrero 2018 por escrito del siguiente tenor literal (folio 267): "...Damos contestación a su escrito de 5 de febrero de 2018, en relación a la entrega y toma de posesión, el próximo día 6 de marzo de 2018, de la estación de servicio 5435 sita en Seixalbo (Orense), por vencimiento del derecho de usufructo constituido por un periodo de duración de 25 años.- Lo primero dejar claro que es nuestra intención que sea correctamente entregada la industria en tiempo y forma.- En cuanto a los requerimientos, le aclaramos que:- Tanto REPSOL COMERCIAL como nuestro arrendatario, en este momento, LARTELLEIRA, S.L., estamos a su disposición para entregar toda la documentación solicitada. -La finca y estación de servicio se entregará en adecuado o en correcto, según prefieran, estado de conservación, al igual que nos fueron entregadas en su día. - Confiamos en que en el periodo de duración del derecho de usufructo no se ha producido contingencia medioambiental alguna, por lo que en el hipotético caso de que apareciera cualquier contaminación o similar será necesario analizar de qué época data la misma, y quién es el responsable. -Como bien conocen ustedes están obligados por el Estatuto de los Trabajadores a asumir la totalidad de las relaciones laborales existentes, con independencia de lo que pretenda hacer con las estaciones de servicio en el futuro. Es su obligación respetar los derechos legales de los trabajadores que prevalecen sobre cualquier pacto entre las partes. Por lo que será nuestro arrendatario LARTELLEIRA, S.L. el que les entregará toda la documentación sobre los empleados que haya en la estación de servicio...". DECIMO.- En fecha 6 de marzo de 2018 se firmó por escrito un acuerdo dando por resuelto y extinguido el contrato mercantil de arrendamiento de industria de estación de servicio, entre REPSOL Comercial de Productos Petrolíferos S.A., y LARTELLEIRA S.L., que obra a los folios 269 y ss. y se da por reproducido. UNDÉCIMO.- El 6 marzo 2018 se hizo entrega a D. Luis Francisco de la Estación de Servicio, levantándose acta de presencia por la Notaria D^a María Isabel Louro García, que obra a los folios 380 y ss. y se da por reproducida. DÉCIMOSEGUNDO.- El 30 mayo 2018 se levantó otra acta de presencia por la la Notaria D^a María Isabel Louro García, que obra a los folios 409 y ss. y se da por reproducida. DÉCIMOTERCERO.- La estación de servicio venía funcionando desde 1964. En la entrega de llaves el 6 marzo 2018 los trabajadores estaban presentes y D. Luis Francisco les dijo que no se preocupasen, que era una subrogación de la contratación y que la cosa se solucionaría. Los trabajadores de la estación de servicio asistieron a sus puestos de trabajo los días siguientes (al menos el 6 y 7 marzo 2018) aunque el actor no volvió después del 6, días en que REPSOL había retirado sus carteles e imágenes de marca así como sus productos y el combustible que había en los depósitos y se vendía por su cuenta y las luminarias de la marquesina de la estación, dejando no obstante operativos los surtidores, aunque sin combustible. Durante dichos días D. Luis Francisco acudió a la estación de servicio a decir a los trabajadores que estuvieran tranquilos y no se preocupasen (interrogatorio y testificales). DÉCIMOCUARTO.- A los folios 172 y ss. obra SJS 1 Ourense 11 junio 2018, autos 272/2018, recaída en proceso de despido de una compañera del actor. DÉCIMOQUINTO.- Al folio 111 obra nómina de marzo 2018 del actor que se da por reproducida. Al folio 115 obra extracto bancario en que consta orden de pago en cuenta al actor el 5 marzo 2018 de 1092,74 euros, cifra que se corresponde con al suma del líquido a percibir del documento de liquidación y finiquito (folio 112) más el líquido de la nómina del mes de marzo de 2018 (folio 111). DÉCIMOSEXTO.- El actor no ha ostentando cargo representativo (hecho no cuestionado).

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que debo estimar en parte la demanda presentada por D. Torcuato y en virtud de ello declaro la improcedencia de su despido y condeno a Luis Francisco a que en el plazo legal de cinco días opte entre su readmisión con abono de los salarios de trámite dejados de percibir o indemnizarle en la cuantía de 13615,18 euros, con absolución de las codemandadas LARTELLEIRA S.L. y REPSOL CPP S.L., condenando conjunta y solidariamente a la empresa LARTELLEIRA, S.L., y a D. Luis Francisco a que le abonen en concepto de salarios la cantidad de 2903,31 euros por los conceptos reseñados en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución e incrementados con el 10% moratorio legal, absolviendo a REPSOL COMERCIAL DE RECURSOS PETROLIFEROS, S.A. de las peticiones deducidas en su contra.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D. Torcuato 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 esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 5/11/2018.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 28/02/2019 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 estima en parte la demanda presentada por D. Torcuato y declara la improcedencia del despido y condena a D. Luis Francisco a que en el plazo de cinco días opte entre su readmisión con abono de los salarios de tramite dejados de percibir o a indemnizarle en la cuantía de 13.615,18 euros, con absolución de las demandadas Lartelleira SL y Repsol CPP SL, y condenando conjunta y solidariamente a la empresa Lartelleira SL y a Luis Francisco a que le abonen en concepto de salarios la cantidad de 2.903,31 euros por los conceptos señalados en el fundamento de derecho cuarto de la resolución incrementados con el 10% de mora leg, absolviendo a Repsol CPPSL de las peticiones deducidas en su contra.

Se alza en suplicación la representación letrada de la parte actora interponiendo recurso en base a varios motivos correctamente amparados en los apartados b) y c) del art 193 de la LRJS pretendiendo en el primero la revisión fáctica y denunciando en las siguientes infracciones jurídicas.

SEGUNDO.- La representación letrada de la parte recurrente en el primer motivo del recurso, correctamente amparado en el apartado b) del artículo 193 de la LRJS pretende la revisión fáctica y en concreto pretende las siguientes revisiones:

1.- En primero lugar interesa la Adición de un nuevo HDP con el siguientes tenor literal: "Que a Torcuato se le adeudan entre otros conceptos e importes, 1.290,36 euros de la paga de marzo de 2016: del 1 de enero a 31 de diciembre de 2016, pagadera del 1 al 15 de marzo de 2017; 1.290,36 e la paga de marzo de 2017: del 1 de enero al 31 de diciembre de 2017 pagadera del 1 al 15 de marzo de 2018; 322,59 euros de la paga e marzo de 2018. 1.198,03 reconocimientos de deuda por mor del documento de liquidación de 5/3/2018.

En el año 2017 trabajo 1.976 horas, 104 de ellas festivos y en el 2018 368 horas, 16 festivos, cuando la jornada máxima anual es de 1.760 horas, por tanto, hizo 216 horas extraordinarias en el 2017 y 75 en el 2018 por este concepto se le adeuda 2.515,49 euros.

Plus festivo, durante la vigencia del presente convenio el trabajo que se preste en festivo se remunerara con un complemento de 31,5 euros por jornada trabajada, o la parte proporcional de horas extras. 13 multiplicado por 31,5 o sea 409,5 euros."

Con carácter previo al estudio del indicado motivo, hemos de dejar sentados los requisitos que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo viene exigiendo para admitir con éxito la reforma fáctica, doctrina plasmada en sentencias de 11 de junio de 1993 , 15 y 26 de julio y 26 de septiembre de 1995 , 2 y 11 de noviembre de 1998 , 2 de febrero de 2000 , 24 de octubre de 2002 y 12 de mayo de 2003 , que ha venido declarando que es preciso que para que prospere la revisión fáctica (aun razonando en clave de recurso de casación, más aplicable al recurso de suplicación): "1.º Que se citen documentos concretos de los que obren en autos que demuestren de manera directa y evidente la equivocación del juzgador, cuando tales pruebas no resulten contradichas por otros elementos probatorios unidos al proceso. 2.º En segundo lugar, que se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que ponga de relieve el error denunciado. 3.º Que la modificación propuesta incida sobre la solución del litigio, esto es, que sea capaz de alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida. 4.º Que se identifiquen de manera concreta los hechos probados cuya revisión se pretende, para modificarlos, suprimirlos o adicionarlos con extremos nuevos, y al mismo tiempo ha de proponerse la redacción definitiva para los hechos modificados". Y también, en lo que respecta a la forma de efectuar la revisión fáctica, de la doctrina de suplicación al igual que la del Tribunal Supremo, sentada en relación a esta función jurisdiccional, puede desprenderse una serie de "reglas básicas", cuya finalidad es evitar que la discrecionalidad judicial se extralimite hasta el punto de transformar el recurso excepcional de suplicación en una segunda instancia. Estas "reglas" las podemos compendiar del siguiente modo:

1.º) La revisión de hechos no faculta al tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental alegada que demuestre patentemente el error de hecho.

2.º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (SSTS 16 de diciembre de 1967 , 18 y 27 de marzo de 1968 , 8 y 30 de junio de 1978 , 6 de mayo de 1.985 y 5 de junio de 1.995).

3.º) En el supuesto de documento o documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (SSTC 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990, de 15 de febrero), con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable (SSTS 10 de marzo de 1980 , 10 de octubre de 1991 , 22 de mayo y 16 de diciembre de 1993 y 10 de marzo de 1994).



4.º) La revisión fáctica no puede sustentarse en medios de prueba que no sean la prueba documental pública o privada en el sentido ya expuesto, y la pericial [artículo 191.b) y 194 de la Ley de relieve el Tribunal Supremo en sentencias de 10 de febrero y 6 de noviembre de 1990 , en relación a la prueba testifical y la de confesión judicial, en la que se incluye el supuesto del artículo 94.2 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Por lo que se hace necesario examinar las modificaciones interesadas, y las mismas estima la sala que no prosperar por cuanto que corresponde al magistrado de instancia la valoración de la prueba practicada y apreciando los elementos de convicción, debiendo prevalecer el criterio objetivo e imparcial del juzgador de instancia sobre el criterio interesado y subjetivo de la parte recurrente salvo que se acredite error por los medios hábiles al efecto, lo cual no acontece en el supuesto de autos, y además la recurrente no concreta, ni en cuanto a la numeración de documento, ni en cuanto a la numeración de los folios en que obrarían, los concretos documentos supuestamente eficaces a efectos revisorías en los que ampara la pretendida revisión fáctica.

TERCERO.- La recurrente en el segundo de los motivos del recurso con amparo procesal en el apartado c) del artículo 207 de la LRJS , sin duda por error, pues se trata del art 193 LRJS denuncia infracciones jurídicas, concretamente denuncia infracción por inaplicación del art 44 del ET , alegando en esencia que estima la recurrente que se dan todos los requisitos para apreciar la existencia de una decisión empresarial, puesto que la estación de servicio es un conjunto organizado de medios organizativos a fin de llevar a cabo una actividad económica y que se ha transmitido de una entidad a otra, consecuencia de ello y de la existencia de un entramado empresarial sería la nulidad de la decisión adoptada y estima que apreciada la sucesión fraudulenta y la aplicabilidad al caso de las previsiones del art 44 ET ha de extenderse los pronunciamientos declarativos y de condena da todos y cada una de las empresas o entidades a las que deberá alcanzar la responsabilidad derivada de este precepto para señalar que la misma a tal efecto todas las empresas pueden ser consideradas responsables de aquella ilegalidad y con carácter solidario son todas las codemandadas.

Denuncia jurídica que la sala estima que ha de decaer, y ello por cuanto que la recurrente considera que habría supuesta infracción del art 44 del ET por existir sucesión de empresa en los términos recogidos en el precepto legal (art 44 ET), cuando en la sentencia de instancia se ha apreciado sucesión empresarial entre Lartelleira SL y Luis Francisco , en los términos y con las consecuencias previstas en el art 44 del ET ; y así la citada sentencia concluye la existencia de sucesión de empresas siendo la empresa sucesora quien debe subrogarse en la relación laboral, o sea el codemandado D. Luis Francisco , al existir sucesión en el arrendamiento de industria, e incluso cuando condena a ambas empresas a Lartelleira SL y D. Luis Francisco por deudas salariales con base en la responsabilidad solidaria prevista precisamente en el art 44 del ET .

Y la sentencia de instancia absuelve a Repsol de la pretensión de despido y reclamación de cantidad, al estimar no ser de aplicación a Repsol ni la sucesión del art 44 al no haber revertido a Repsol la industria ni existir cesión ilegal de mano de obra al no contenerse en la demanda ningún dato indicativo a tal efecto, los cuales no pueden introducirse ex novo en el acto de juicio so pena de indefensión y en todo caso la reversión de la industria se ha producido a favor del pleno propietario de la estación de servicio, una vez finalizado el usufructo de Repsol pactado por 25 años.

Siendo además de destacar al respecto, la sentencia del TS de fecha 4 de octubre de 2017 recurso nº 2389/2015 en la cual en un supuesto de sucesión de empresa se absuelve a Repsol en una demanda de despido formulada por el trabajador que presta servicios para un industrial arrendatario que explota una estación de servicios.

Por consiguiente y al haberse apreciado en la sentencia recurrida sucesión de empresas entre LARTELLERIA SL y D. Luis Francisco y haberse aplicado real y efectivamente el art. 44 del ET el segundo motivo del recurso carece de sustento jurídico por lo que ha de ser íntegramente desestimado al no haber incurrido la sentencia de instancia en las infracciones jurídicas denunciadas en el motivo.

CUARTO.- La recurrente en el tercer motivo del recurso, amparado en el apartado c) del artículo 207 LRJS , sin duda por error, pues se trata del art 193 de la LRJS denuncia infracción por inaplicación del art. 44 del ET , de las directivas comunitarias que relaciona en relación con el artículo 6.4 del Código civil , y la jurisprudencia que los interpreta, alegando en esencia que si bien formalmente se produce una transmisión de empresa entre Lartelleira SL y D. Luis Francisco , esta además de alcanzar a ambas, ha de extenderse a cargo de Repsol, tal cual se desprende de un pacto inter empresarial tendente a evitar las previsiones del art. 44 establecidas en materia de sucesión o sea para evitar las consecuencias laborales de una transmisión en clara incursión en el supuesto fraudulento contemplado en el art 64 del Cc , que debe llevar como consecuencia la nulidad del acto llevado a cabo como dispone el precepto indicado, y ha de ser entendido aplicable al caso, y así entiende que la responsabilidad no ha de alcanzar únicamente a Luis Francisco , sino que ha de expandir sus efectos a la condena solidaria a todos aquellos que han participado de una forma u otra en el fraude de ley acreditado y que resultan ser además Lartelleira SL y Repsol.



Y así invoca la sentencia del TS de 17 de febrero de 2014, rec 142/2013 sobre la expansión de la responsabilidad solidaria a todos los que han participado en una forma u otra en el fraude de ley acreditado.

Denuncia que la sala estima que ha de decaer en base a las siguientes consideraciones:

1.- En primer lugar, pues en modo alguno consta ni existe infracción del art 6.4 del Cc y de hecho ni en la demanda ni con posterioridad se cita dicho precepto legal ni se alega fraude, ni justifica en el motivo de suplicación en que consiste el fraude y se limita a transcribir sentencia del TS que nada tienen que ver con supuestos de sucesión de empresa, sino con un supuesto de despido colectivo y pensión de jubilación. Resuelve esta sentencia la controversia que merece el despido colectivo de todos los trabajadores del Consorcio de la Unidad Territorial de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico de Sierra Morena [UTEDLT] - Agentes Locales y Director. Se discute por la parte sindical cuestiones atinentes a la adecuación del periodo de consultas entre otras falta de negociación real, inexistencia de medidas sociales de acompañamiento, defectuosa interlocución, y a la existencia de una causa económica real. No obstante, la Sala no tiene que entrar en ellas porque aprecia fraude de ley en la actuación del Consorcio que debe analizarse con prioridad, toda vez que el art. 8 de la Ley 1/2011, de reordenación del sector público de Andalucía prevé que el Servicio Andaluz de Empleo quedará subrogado en todas las relaciones del personal de los Consorcios UTEDLT de Andalucía desde la fecha en que se acuerde su disolución o extinción también las normas de desarrollo, con mención expresa al art. 44 ET y la legalidad de la normativa reglamentaria de esta ley ha recibido respaldo el TS. Previsión legal que obligaba al SAE a subrogarse en el personal ahora despedido, lo que se ha pretendido evitar mediante el despido de los trabajadores previo a la disolución del Consorcio que es la condición legal para la subrogación, apreciando fraude de ley y desviación de poder.

2.- En segundo lugar decir que el actor en demanda solicitaba responsabilidad solidaria alegando supuesta cesión ilegal de mano de obra, y habiendo concluido la sentencia de instancia que no ha habido cesión ilegal de mano de obra, en el recurso de suplicación nada alega sobre la misma, sino que ex novo alega la existencia de fraude de ley al amparo del art 6. del CC, sin razonar nada al respecto, lo cual constituye además una cuestión nueva vedada en suplicación de conformidad con lo establecido en el art 133 LRJS, además de que no concreta en modo alguno el fraude.

3.- Y en todo caso no ha existido fraude alguno por parte de las codemandadas Lartilleira SL y Repsol tal y como resulta del relato fáctico inalterado e inimpugnado al respecto resultando inverosímil la existencia de ningún tipo de fraude, con base en un contrato mercantil que se ha venido ejecutando pacíficamente durante más de 9 años y que finalizó de acuerdo a lo pactado en el mismo, y respecto de Repsol es inverosímil que con 25 años de antelación la misma tratase de incurrir en algún tipo de fraude de ley. Y de hecho el propio D. Luis Francisco comunicó al actor y a los otros trabajadores que no se preocupasen de nada toda vez que él iba a subrogar en sus contratos de trabajo.

QUINTO.- En el último motivo del recurso, amparado en el artículo 207 c) LRJS, sin duda por error, pues se trata del apartado c) del art 193 de la LRJS denuncia infracción de los artículos del ETT, art 34, 35, 36, 38 en relación con el art 217 de la LEC alegando en esencia que ha de tenerse por acreditado y probado el exceso de jornada denunciado y los trabajos en días festivos, y demás denunciados en el escrito rector, en base a los principios de facilidad probatoria y disponibilidad probatoria.

Denuncia jurídica que la sala estima que ha de decaer en base a las siguientes consideraciones:

1.- En primer lugar por cuanto que como acertadamente resuelve el juzgador de instancia, no cabe reconocer lo reclamado en concepto de horas extras y plus de festivos por un lado por la falta de concreción y precisión en demanda impugnando la documental aportada por el actor, consistente en los cuadrantes aportados,

2.- Respecto de la denuncia infracción el artículo 217 LEC, la recurrente, cuestiona en el recurso la valoración de la prueba efectuada por el juzgador de instancia insistiendo en que el juez "a quo" no ha valorado toda la prueba en su conjunto y ha hecho una valoración parcial de la prueba.

Respecto de ello decir que, el Juzgador ostenta una amplia facultad para valorar todo el material probatorio practicado en la instancia, de modo que puede obtener y deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, ya que, ante posibles contradicciones debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional, que actúa de manera imparcial y objetiva frente al interés de una parte, correspondiendo al juzgador la facultad privativa sobre la valoración de todas las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con el artículo 97.2 de la Ley de procedimiento laboral (STS 18/11/1999 [RJ 1999\8742]). En sentencia, de fecha 24/5/2000 (RJ 2000\4640), el Tribunal Supremo vuelve a señalar que la valoración de la prueba es facultad privativa del Juzgador de instancia, cuyas conclusiones reflejadas en los hechos probados deben prevalecer siempre que se ajusten a lo prevenido en dicho artículo, ya que lo contrario sería tanto como subrogarse la parte en lo que constituye labor jurisdiccional, sin que pueda sustituirse la misma por la valoración de la parte voluntaria y



subjetiva, confundiendo éste recurso excepcional y con motivos tasados en una nueva instancia. Igualmente la sentencia del Tribunal Supremo de 7/3/2003 (RJ 2003\3347) indica que como se recoge en sentencias de 3 de mayo de 2001 (RJ 2001\4620) y 10 de febrero de 2002 (RJ 2002\4362), con esta forma de articular el motivo y de proceder lo que está tratando de conseguir es que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba (obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida), como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación o suplicación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.2 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia, por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica. El planteamiento en suplicación o casación del error en la valoración de la prueba (cualquiera que sea su concepto), también requiere la indicación y análisis de una norma sobre prueba idónea para determinar tal apreciación, o la infracción de la doctrina constitucional sobre el error patente, valoración arbitraria o irrazonable.

Si la parte recurrente está alegando la realización de una jornada superior a la ordinaria, respecto de tal extremo dado su carácter regular y reiterado también pudo, en su caso, por el mencionado principio de facilidad y disponibilidad probatoria del art. 217 LEC en su último apartado, aportar la parte recurrente pruebas o indicios sobre esa jornada superior a la ordinaria, siendo lo cierto que, tal extremo, sí alegado en demanda, no consta acreditado. En este sentido, ha señalado reiteradamente esta Sala que la carga de la prueba de las horas extraordinarias le corresponde en principio al actor, conforme al art 217 de la LEC, pero también que: "si bien es cierto que la carga de la prueba de la realización de horas extras corresponde al trabajador, quien debe de fijar el número y circunstancias de cada una de ellas; (STS 8-2-89, 23-6-88 por todas) tal exigencia jurisprudencial de una prueba rigurosa y circunstanciada de las horas extras, cede ante el desarrollo de una jornada uniforme, en cuyo caso basta con acreditar tal circunstancia para colegir también la habitualidad de la hora extraordinaria (STS 22-12-92, 4-3-1990, 27-2-1993 y 22-7-1996)" así la STSJ Galicia de 23 de noviembre de 2015 (rec. núm. 4688/2014); criterio mantenido, entre otras, en las SSTSJ Galicia de 30 de marzo de 2016 (rec 1890/2015) o 28 de marzo de 2016 (rec: 1372/2015), jornada regular superior a la ordinaria, ya sea con carácter habitual o esporádico, que tampoco ha acreditado en modo alguno.

Por consiguiente la sala estima que tal motivo no puede prosperar.

En consecuencia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora D. Torcuato contra la sentencia de fecha veintiséis de julio de dos mil dieciocho dictada por el juzgado de lo social nº 4 de los de Orense en los autos nº 245/2018 seguidos a instancia del actor frente a la empresa Lartelleira SL, Repsol CPPSA y D. Luis Francisco sobre DESPIDO debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de este T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.
- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.
- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 0000 80 ó 37 **** ++).

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



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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ