



Roj: **STSJ EXT 934/2016 - ECLI:ES:TSJEXT:2016:934**

Id Cendoj: **10037340012016100377**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **01/12/2016**

Nº de Recurso: **581/2016**

Nº de Resolución: **582/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **PEDRO BRAVO GUTIERREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

SENTENCIA: 00582/2016

-T.S.J. EXTREMADURA SALA DE LO SOCIAL.

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax: 927 62 02 46

NIG: 06015 44 4 2015 0003440

Equipo/usuario: BBB

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000581 /2016

Procedimiento origen: DEMANDA 0000829 /2015

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Jesús Ángel , SARAS ENERGIA S.A.

ABOGADO/A: RAQUEL MORAN CONTRERAS, MARCOS PEREDA VELASCO FERNANDEZ

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

RECURRIDO/S D/ña: Jesús Ángel , GASOLINERA SANCHO PEREZ S.L. , SARAS ENERGIA S.A.

ABOGADO/A: RAQUEL MORAN CONTRERAS, JUAN CARLOS BENITEZ CASILLAS , MARCOS PEREDA VELASCO FERNANDEZ

PROCURADOR: , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , ,

ILMOS. SRES.

D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ.

Dª. ALICIA CANO MURILLO.

D. RAIMUNDO PRADO BERNABEU.

En CACERES, a uno de Diciembre de dos mil dieciséis.



Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de EXTREMADURA, 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 Nº 582

En el RECURSO SUPPLICACION 581 /2016, formalizado por la Sra. Letrada D^a. RAQUEL MORAN CONTRERAS, en nombre y representación de Jesús Ángel , y el Sr. Letrado D. MARCOS PEREDA-VELASCO FERNANDEZ, en nombre y representación de SARAS ENERGIA S.A., contra la sentencia número 94/16 dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL N. 1 de BADAJOZ en el procedimiento DEMANDA 829 /2015, seguidos a instancia de D. Jesús Ángel , frente SARAS ENERGIA S.A., y GASOLINERA SANCHO PEREZ S.L., parte representada por el Sr. Letrado D. JUAN CARLOS BENITEZ CASILLA, sobre DESPIDO DISCIPLINARIO, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Jesús Ángel , presentó demanda contra SARAS ENERGIA S.A., GASOLINERA SANCHO PEREZ S.L., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 94/16, de fecha dos de marzo de dos mil dieciséis .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "PRIMERO.- D. Jesús Ángel , comienza su relación laboral con la empresa Gasolinera Sancho Pérez S.L. sita en la Carretera BA-V-3012, Km. 150 de la localidad de Puebla de Sancho Pérez en fecha 02/10/1997, con la categoría profesional de Expendedor-Vendedor, en virtud de un contrato de trabajo por tiempo indefinido, y con un salario de 1.415,70 euros, con inclusión de pagas extraordinarias (hechos no controvertidos). SEGUNDO. El día 01/10/2014 "Gasolinera Sancho Pérez S.L." y la empresa "Saras Energía S.A.", suscriben un contrato de arrendamiento de industria (doc. n1 1 de Saras Energía S.A.), y en cuyo anexo 6 se incluyen los trabajadores transferidos a la arrendataria, entre ellos el demandante (doc. nº 2 de Saras Energía S.A.) (hechos no controvertidos). TERCERO. En la estipulación 3.2 de dicho contrato se establece: "la actividad de explotación de la estación de Servicio objeto de este contrato esta constituida, desde la perspectiva jurídico-laboral por la unidad productiva autónoma que supone la misma, entendiéndose por tal el conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, en los términos previstos en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores " La estipulación 15 de dicho contrato establece: "El presente contrato terminará su vigencia con anterioridad a la finalización de la duración establecida, en los siguientes supuestos:

1. En cualquier momento, por mutuo acuerdo de las partes
2. Por la falta de pago de dos mensualidades de renta comprendidas en un año.
3. Por la denuncia de la arrendataria sobre el no cumplimiento de objetivos de venta de litros que recoge la estipulación sexta en su punto 6.1....."

CUARTO. Mediante mail de 3 de agosto de 2015, el representante de Saras Energía comunica al representante de Gasolinera Sancho Pérez, su intención de rescindir el contrato de arrendamiento de industria (doc. 4 de Saras Energía S.A.). QUINTO. Mediante Burofax de 15/09/2015, el Consejero Delegado de Saras Energía S.A., comunica al representante de Gasolinera Sancho Pérez S.L. la rescisión del contrato de arrendamiento de industria suscrito entre ellos en fecha 1 de octubre de 2014, por no haberse alcanzado el objetivo anual de ventas 1.300 m cúbicos (doc. 6 de Saras Energía S.A.). SEXTO. El día 24/11/2014 la empresa Saras Energía S.A., comunica al trabajador demandante que a partir de ese día pasa a ser empleado de dicha empresa, subrogándose en todos sus derechos y obligaciones incluida la antigüedad (f.9). SEPTIMO. En fecha 06/10/2015, la empresa Saras Energía S.A. comunica al demandante mediante escrito que a partir del día 8 de octubre deja la explotación de la gasolinera y toda su gestión, así como que a partir del día 9 de octubre la La Gasolinera Sáncho Pérez S.L. deberá subrogarse en todos sus derechos y obligaciones (f.11).OCTAVO. El día 08/10/2015 Saras Energía S.A. da de baja en Seguridad Social al trabajador demandante, haciéndole entrega del certificado de empresa y del finiquito (f.12 a 14), y no entregándole carta de despido. NOVENO. El trabajador demandante no ostenta ni ha ostentado el año anterior la condición de representante legal de los



trabajadores. DECIMO. En fecha 05/11/2015, se celebró el preceptivo acto de conciliación ante la UMAC, con el resultado de SIN AVENENCIA (f.5)."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "FALLO: ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por D. Jesús Ángel , frente a "SARAS ENERGIA S.A." y "GASOLINERA SANCHO PEREZ S.L.", y declaro la improcedencia del despido del demandante de efectos 8 de octubre de 2015, condenando a ambas empresas a estar y pasar por esta declaración, y a que, por tanto, readmitan al demandante en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al cese, o bien le indemnice con la suma de 34.058,43 euros, cada una en su cuantía correspondiente: 32.704,08 euros la indemnización a abonar por Gasolinera Sancho Perez S.L., y 1.354,35 euros, por la empresa Saras S.A.; y a abonar al actor los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la de la notificación de esta Sentencia en el supuesto que opten por la readmisión a razón de 47,19 euros diarios.

Se debe advertir por último a la empresa que la opción señalada, habrá de efectuarse ante este Juzgado de lo Social en el plazo de los CINCO DIAS SIGUIENTES, desde la notificación de la Sentencia, entendiéndose que de no hacerlo así se opta por la readmisión."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por ambas partes, formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de referencia los autos principales, tuvieron los mismos entrada en esta SALA en fecha 25-10-16.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 1-12-16 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la sentencia de instancia se estima parcialmente la demanda interpuesta por el trabajador, declarando improcedente su despido y condenando a las empresas demandadas a las consecuencias de tal declaración. Contra tal resolución interponen recurso el trabajador y una de dichas empresas, debiéndose empezar por el primero porque en él se insiste en la nulidad del despido y, subsidiariamente, que se condene a las consecuencias de la improcedencia a una de las demandadas por ser responsable del despido, discutiendo la existencia de la sucesión de empresas que se ha considerado en la sentencia recurrida.

Antes de entrar en ese primer recurso, hay que resolver, por no haberse hecho antes, sobre el documento aportado junto al escrito de interposición, un decreto de otro Juzgado de lo Social en el que se homologa un acuerdo entre la empresa que no recurre aquí y el demandante relativo al abono de salarios adeudados, documento que es de 22 de mayo de 2014, muy anterior incluso a la presentación de la demanda, por lo que podría haberse aportado en el acto del juicio, sin que se alegue causa alguna no imputable a la parte que le hubiera impedido hacerlo, por lo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 233.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , procede rechazarlo en este trámite del recurso y devolverlo al recurrente.

Entrando en el recurso del trabajador, en un "tótum revolutum", se mezclan cuestiones de hecho y de derecho, pero, como se alega en la impugnación de la empresa que también recurre, sin intentar en la forma debida, es decir, en la que se prescribe en los arts. 193.b) y 196 LRJS , la revisión de los hechos probados de la sentencia recurrida, por lo que hay que partir del relato fáctico de la sentencia recurrida. De ello resulta, en primer lugar, que hay que rechazar la nulidad del despido que en la demanda y ahora en el recurso, se propugna porque, como se razona en la sentencia recurrida, ni en ella ni aquí se nos dice que causa haya para ello pues tal calificación, cualquiera que sea la modalidad de despido de que se trate, salvo en el colectivo (art. 124 LRJS), supuesto en el que, evidentemente, no estamos, se circunscribe a unos determinadas actuaciones empresariales que, se insiste, ni el recurrente concreta, ni aparecen en el firme relato fáctico de la sentencia recurrida, ni siquiera en forma indiciaria. Así, nos dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2014, rec. 3248/2013 que [La discriminación proscrita por el art. 14 CE se predica exclusivamente en razón a las situaciones allí identificadas de forma expresa (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social) y las causas de discriminación a las que se ciñe el art. 55. 5 del ET , y su plasmación procesal en el art. 108.2 de la LRJS , son las tasadas en el referido precepto constitucional" y añade que dicho precepto "enuncia de manera cerrada los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo", y dentro de esta relación exhaustiva no se encuentra la extinción por voluntad del empresario cuyo verdadero motivo no coincida con la causa formal expresada en la comunicación del cese], lo que puede traducirse en que para que un despido sea nulo, han de concurrir las causas que legalmente para ello se exigen, no bastando cualquier otra, sobre todo cuando se trate de incumplimientos formales, salvo, se repite, en caso de despidos colectivos, que es lo que aquí, sobre todo, se alega.



SEGUNDO.- Descartada la nulidad, como antes se dijo, la pretensión subsidiaria del recurso consiste en que el despido se declare "...improcedente condenando a la empresa Saras Energía por ser la responsable del despido", pero es que eso ya se hace en el fallo de la sentencia, el despido se declara improcedente y a dicha empresa también se la hace responsable del despido.

Lo que alega el recurrente es que no ha existido la sucesión de empresa por no darse las condiciones que para ello se exigen en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, pero entonces, resultaría que solo respondería la empresa que recurre, la única cuya condena se pide expresamente en la pretensión subsidiaria del recurso, debiéndose absolver a la otra que, no habiendo sucesión, no tendría que subrogarse en el contrato del demandante y no habría incurrido en ningún despido, con lo que no se sabe la razón por la que el recurrente la habría demandado.

En cualquier caso, la sucesión se ha producido según resulta del firme relato fáctico de la sentencia recurrida, como se mantiene en la de esta Sala de 12 de enero de 2012, "si no por la asunción de la plantilla, sí por la transmisión de los elementos patrimoniales fundamentales de la explotación, se produjo la sucesión empresarial que establecen el art. 44 ET y la Directiva 2001/23".

En ese sentido se ha pronunciado la STS de 1 de marzo de 2004, rec. 4846/2002, también para un supuesto de extinción de un contrato de arrendamiento de industria entre empresas pues "el arrendatario recibe, además del local, el negocio o industria en el establecido, pues el objeto del contrato no son solamente los bienes que en el mismo se enumeren, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente de meras formalidades administrativas, por lo que la extinción del contrato de arrendamiento produce el cambio de titularidad de la empresa en los términos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores" y en el mismo sentido, se mantiene en la sentencia de esta Sala de 13 de diciembre de 1996:

[De esas sucesiones la que aquí interesa es la últimamente operada, entre las dos empresas demandadas, producida al concluir el contrato de arrendamiento concertado entre ambas, momento en el cual se produce la transmisión de todos los elementos necesarios para la actividad empresarial que, de estar en posesión de «Multicines La Dehesa, SA», pasaron a estarlo en la del «Obispado Coria-Cáceres», su propietario, por lo cual es claro que es este último quien, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, como nuevo titular empresarial, se subrogó en la posición jurídica de la anterior en los contratos de trabajo de los actores que no se habían extinguido por la conclusión del arrendamiento de industria y tiene razón la recurrente cuando alega que ella ningún despido efectuó ya que la comunicación que envió a los actores, y que el juzgador de instancia da por reproducida en el relato fáctico de su sentencia, no puede considerarse como expresiva de una decisión de tal naturaleza, sino que en ella se expone a los actores la situación en que quedan con motivo del vencimiento del arrendamiento y por ello se les indica que a partir del día siguiente a dicho vencimiento quedaba extinguida la relación mantenida con ella e integrándose en la plantilla del personal de la entidad arrendadora; como puede verse, la recurrente no expone su voluntad de extinguir definitivamente el contrato de trabajo de los actores, sino sólo la relación que mantenían con ella, aunque, en realidad, no hay extinción porque la relación y el contrato de trabajo es el mismo y sólo cambia uno de sus elementos subjetivos, que es lo que en la comunicación se quiere expresar, que a partir del día siguiente a la conclusión del arrendamiento el contrato de trabajo ya no iba a ligar a los actores con la recurrente, sino con la otra demandada].

El posible incumplimiento por las demandadas de las obligaciones de información establecidas en el apartados 7 y 8 del art. 44 ET, no impide la sucesión, sin perjuicio de que puedan haber incurrido en una infracción administrativa (art. 7º.11 LISOS).

Se alega también en el desordenado recurso, aunque sin citarlo expresamente, que en la transmisión de ha incurrido en fraude de ley, pero no se ha apreciado así en la sentencia, en la que se entiende que se ha producido la sucesión y es sabido que, como nos recuerda la STS 12 de mayo de 2009, rec. 2.497/2008, a estos efectos la facultad para valorar la conducta de las partes corresponde al Juez, al fijar los hechos probados y razonar en sus fundamentos lo que le ha llevado a tal convicción (art. 97.2 LRJS), y, aunque esa valoración y juicio pueden ser revisados en el recurso extraordinario de suplicación, no constan en el firme relato fáctico de la sentencia recurrida circunstancias que determinen la existencia de tal fraude, que el recurrente sustenta en hechos que no aparecen en la sentencia y no se han intentado siquiera incorporar como probados en debida forma.

TERCERO.- Pasando al recurso de una de las empresas, en un único motivo, con amparo en el art. 193,c) LRJS, se denuncia la infracción de los apartados 1 y 3 del Estatuto de los Trabajadores, con cita de diversas Sentencias del TS, alegando que, si, como se ha entendido en la sentencia recurrida, se ha producido la sucesión prevista en ese precepto estatutario, la consecuencia es que quien ha incurrido en un despido es la empresa que se tenía que haber subrogado en el contrato del demandante por no darse las condiciones



para que la cedente responda de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, alegación que debe prosperar.

Así se entendió en la sentencia de esta Sala de 6 de octubre de este año , ya firme, recaída en recurso de la misma recurrente respecto a otro trabajador de la gasolinera de la que tratamos. Se dice en ella:

<<...la cuestión suscitada, es decir, la responsabilidad del despido de un trabajador cuando, en caso de sucesión de empresas, ninguna de las dos se hace cargo de él ni, por tanto, se subroga en el contrato de trabajo, ha sido ya resuelto por el Alto Tribunal que, por ejemplo, en la STS de de 21 diciembre 2007, rec. 2891/2006 , que se cita en el motivo, nos dice:

[a) Partiendo de que no se discute la existencia de una sucesión de empresas, es decir, de una subrogación contractual, en virtud de la cual se extingue el contrato del actor al finalizar la contrata, y que lo que se debate es si la recurrente Ferrovial, SA debe o no responder solidariamente con la empresa cesionaria de los efectos derivados del cese del actor, calificado como despido improcedente, es decir, de deudas que nacen con la sentencia firme calificadora del despido, es indudable que no estamos en el supuesto contemplado en el art. 44-3 del ET , que se refiere, cuando establece la responsabilidad legal solidaria de ambas empresas, a las transmisiones por actos intervivos durante tres años por obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, no siendo de aplicación nuestra doctrina interpretativa de dicho precepto, contenida en tres sentencias de Sala General de 15-07-2003 (R. 3342/01 , 1878/02 y 1973/02), que, después de hacer un análisis histórico de la evolución de dicha cuestión, concluían que la nueva redacción del art. 44-3 del ET después de la reforma operada por Ley 12/01, de 9 de julio, ha mantenido la responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto a las deudas laborales que la empresa cedente tuviera pendientes de abonar.

b) De acuerdo con lo anterior, si la subrogación empresarial extinguió la relación laboral del actor con Ferrovial, SA, siendo la nueva concesionaria del mantenimiento del Hospital Sierrallana quien no contrató a aquél, las consecuencias de su actuación, que fue calificada por la sentencia recurrida como despido improcedente, debe soportarlas la nueva concesionaria, que es la única responsable, y que se convirtió en empleadora del trabajador, no procediendo por tanto condenar a Ferrovial Servicios, SA, ya que se trata de un supuesto distinto no comprendido en el art. 44-3 del ET].

Aquí estamos ante un caso igual al que se contempla en esa doctrina. Es decir, la existencia de la sucesión empresarial que se ha considerado existente en la sentencia recurrida no la discute nadie pues la única empresa que recurre la sentencia donde se aprecia la existencia de esa figura no la pone en duda ni se opone a que haya existido; al contrario, basó su defensa en la instancia en que se había producido la sucesión y que es la otra demandada la empresa que debía hacerse cargo del demandante y, partiendo de esa existencia, como quien debía asumir el contrato de trabajo, esa empresa que continuó la explotación de la gasolinera no asumió al trabajador, es ella la que incurrió en un despido y ella y solo ella la que debe afrontar las consecuencias de la declaración de improcedencia, al no constar, ni haberse planteado ni contemplado en la sentencia recurrida que la transmisión pueda ser considerada delito, que es el requisito para que la empresa cedente y la cesionaria respondan solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, como sucede con las derivadas del despido del trabajador demandante>>.

En definitiva, el recurso del trabajador ha de ser desestimado y estimado el de la empresa recurrente, debiendo revocarse en parte la sentencia recurrida para hacer responsable de las consecuencias de la improcedencia del despido solo a la otra empresa demandada.

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por D. Jesús Ángel y estimación del interpuesto por SARAS ENERGÍA SA, contra la sentencia dictada el 2 de marzo de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Badajoz , en autos seguidos a instancia del primero de los recurrentes frente a la otra y GASOLINERA SANCHO PÉREZ SL, revocamos en parte la sentencia recurrida para dejar sin efecto la condena solidaria de la empresa recurrente, a la que se absuelve de la demanda, contenida en la sentencia recurrida, la cual confirmamos en el resto de sus pronunciamientos.

Devuélvanse a la recurrente el depósito y la consignación que efectuó para recurrir.

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

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.

Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en SANTANDER N° 1131 0000 66 058116, debiendo indicar en el campo concepto, la palabra "recurso", seguida del código. Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio.

La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

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.

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

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

PUBLICACIÓN.

En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.