



Roj: **STSJ CL 1001/2018 - ECLI:ES:TSJCL:2018:1001**

Id Cendoj: **47186340012018100484**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2018**

Nº de Recurso: **166/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **SUSANA MARIA MOLINA GUTIERREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 00489/2018

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983458462-463

Fax: 983.25.42.04

NIG: 47186 44 4 2017 0001524

Equipo/usuario: MRR

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000166 /2018 -S-

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000387 /2017

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE/S D/ña Arsenio

ABOGADO/A: JAVIER OSCAR CASTAÑO CUENCA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: INDASIA GEWURZWERK GMBH

ABOGADO/A: TILLMANN KLAUS WILLY KARTES

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

Il'tmos. Sres.:

D. Manuel M^a Benito López

Presidente de Sección

D. Juan José Casas Nombela

D^a. Susana M^a Molina Gutiérrez/

En Valladolid a quince de Marzo de dos mil dieciocho.



La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente 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 núm. 166/2018, interpuesto por **Arsenio** contra la Sentencia del Juzgado de lo Social N° DOS DE VALLADOLID, de fecha veintisiete de Octubre de dos mil diecisiete , (Autos núm. 387/17), dictada a virtud de demanda promovida por Arsenio contra **INDASIA GEWURZWERK GMBH** sobre **DESPIDO**.

Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. **DOÑA Susana Mª Molina Gutiérrez**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15/05/2017 se presentó en el Juzgado de lo Social núm. dos de Valladolid demanda formulada por Arsenio en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó Sentencia en los términos que consta en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados figuran los siguientes:

" **PRIMERO.-** El demandante, Arsenio , ha venido prestando servicios para la empresa ""INDASIA GEWURZWERK, GMBH", con domicilio social en Alemania, desde el día 1 de septiembre de 2015, con categoría profesional Gerente de ventas, y salario mensual (Nov/16 a Marzo/17) de 5.060,00 euros brutos, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- La relación laboral se formalizó a través de un contrato indefinido, a tiempo completo, suscrito en fecha 26 de junio de 2015, cuya cláusula 12.1 fue redactada en los siguientes términos: " *Ese contrato será regido e interpretado por la ley alemana a menos que las normas imperativas laborales de España tengan prioridad. Se aplicará las disposiciones del "Convenio Colectivo de Ámbito Provincial para el Comercio de Alimentación de Valladolid" en su versión actual* ".

TERCERO.- El demandante ha venido desempeñando habitualmente su actividad laboral, consistente en la comercialización de los productos de la empresa demandada en España, Portugal y Sudamérica, desde su domicilio, sito en AVENIDA000 , nº NUM000 , de Laguna de Duero (Valladolid), trabajo a distancia que habría de compaginar con algunos viajes dentro del indicado territorio.

CUARTO.- El trabajador, desde el 7 de noviembre de 2017, ha disfrutado de una reducción de un 20% de su jornada laboral por cuidado de un hijo menor de doce años.

QUINTO.- La empresa demandada remitió al trabajador una comunicación, fechada el día 19 de enero de 2017, cuyo íntegro contenido se tiene por reproducido (Doc. N° 6), notificándole la extinción de su contrato de trabajo, con fecha de efectos 31 de marzo de 2017.

SEXTO.- La empresa demandada, con carácter previo a adoptar la decisión extintiva, dio audiencia sobre la misma al Comité de Empresa, en fecha 2 de enero de 2017, exponiendo como causas del despido la desproporción entre las ventas realizadas y el salario percibido, y la no realización de viajes fuera de España, motivos por los que se proponen el cierre del establecimiento español, dando servicio a los clientes desde el mercado alemán. El Comité de Empresa no emitió pronunciamiento expreso sobre la consulta trasladada.

SÉPTIMO.- En el ejercicio 2016, el actor generó a la empresa demandada un volumen de facturación de 18.523 euros.

OCTAVO.- El demandante no ha ostentado la condición de representante de los trabajadores.

NOVENO.- Disconforme con la decisión extintiva, el día 27 de abril de 2017, el trabajador presentó papeleta de conciliación ante el SERLA, habiéndose celebrado el preceptivo acto de conciliación el día 11 de mayo de 2017, con resultado " *sin avenencia*". "



TERCERO.- Interpuesto recurso de Suplicación contra dicha sentencia por Arsenio que fue impugnado por **INDASIA GEWURZWERK GMBH**, y elevados los Autos a esta Sala, se designó Ponente acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que estimando parcialmente la demanda declara la nulidad del despido de Don Arsenio condenando a la empresa demandada a abonarle la cantidad de 14.867,71 euros, más los correspondientes salarios de tramitación devengados desde la fecha del cese a la de la sentencia de instancia a razón de 166,35 euros diarios; se alza en suplicación el propio trabajador destinando sus tres primeros motivos de impugnación a la rectificación del relato de hechos probados contenido en la Sentencia. Ofrece en primer término una redacción alternativa para el ordinal primero que diga que el actor prestó servicios para la demandada, con domicilio social en Alemania desde el día 1 de septiembre de 2015 con la categoría profesional de gerente de ventas y un salario mensual bruto de 5.060 euros con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias. El motivo no se admite por cuanto el texto propuesto resulta del todo coincidente con el ya contenido en la Resolución que se combate.

Para el hecho probado segundo pretende incluir que la relación laboral se formalizó a través de un contrato indefinido a tiempo completo suscrito el 29 de septiembre de 2015, en cuya cláusula séptima se contenía que en lo no previsto en este contrato se estará a la legislación vigente que resulte de aplicación y particularmente al Estatuto de los Trabajadores. Añade, que con anterioridad a la firma del contrato se suscribió un acuerdo de contratación de fecha 26 de junio de 2015 que recogía las condiciones laborales y económicas de la relación laboral, y cuya cláusula 12.1 se encontraba redactada del modo que sigue: este contrato será regido por la ley alemana a menos que las normas imperativas laborales de España tengan prioridad. Se aplicará las disposiciones del Convenio Colectivo de Ámbito provincial para el comercio de alimentación de Valladolid. Dicho convenio establece como ámbito de aplicación las empresas y centros de trabajo establecidos en Valladolid y su provincia regidos por el Estatuto de los Trabajadores, normativa de aplicación supletoria para lo no previsto en el pacto. El motivo no se admite pues precisamente el punto 12.1 del contrato suscrito por las partes declara que el acuerdo estará gobernado por la legislación vigente alemana, salvo que la legislación española se estime como prioritaria, en cuyo caso se aplicará el convenio colectivo sectorial provincial del comercio de alimentación. De tal redacción se extrae que la voluntad de las partes fue establecer el derecho alemán como ordenamiento rector de su relación, y sólo en el caso de resultar el español aplicable en cuanto derecho necesario, habrá de estarse al convenio colectivo de aplicación y al Estatuto de los Trabajadores.

En último término, para el ordinal cuarto se trata de incluir que la solicitud de reducción de jornada para cuidado de hijo se efectuó al amparo del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores. Sin perjuicio, de la trascendencia que dicho dato revista para la alteración del sentido del fallo el motivo se admite.

SEGUNDO.- Al examen del derecho subjetivo y la doctrina jurisprudencial aplicados por el juzgador, denunciando en primer lugar como infringido el artículo 8 del Reglamento CE **593/2008** del Parlamento Europeo y el Consejo de 17 de junio de 2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (ROMA I) en relación con los artículos 1 y 3 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores y el artículo primero del Convenio Provincial de Valladolid de Comercio de Alimentación.

Sostiene quien recurre que el contrato suscrito en septiembre de 2015 novó el rubricado en junio de tal suerte que la legislación aplicable en lo no previsto en el contrato sería el Estatuto de los Trabajadores. Lo contrario, implicaría un perjuicio para el trabajador, lesionando así el contenido del artículo 8 del Reglamento al no exigir el derecho alemán la acreditación de la causa determinante del despido.

Planteado el debate en estos términos hemos de señalar que proclama el artículo 3.1 del Reglamento ROMA I que el contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato. Añade el artículo 8 en relación con la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo individual que el contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3.

No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo.

Partiendo del citado marco normativo resulta evidente que el legislador comunitario, en el ámbito social que os ocupa, ha establecido un doble criterio de selección de la Ley aplicable al contrato de trabajo: el primero construido sobre el principio de autonomía de la voluntad de las partes de tal suerte que pueden

éstas someterse de manera voluntaria al ordenamiento jurídico de un concreto Estado; todo ello y siempre y cuando (regla segunda) resultado de tal elección no se prive al trabajador de la protección asegurada por el ordenamiento, que a falta de elección, hubiera regido tal prestación de servicios.

Pero ¿cuál sería dicha ley?, la respuesta la ofrecen los apartados segundo a cuarto del artículo 8 del Reglamento al señalar que a falta de elección por las partes el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país.

Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador.

Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país

TERCERO.- Sentando lo anterior ha de partir la Sala del relato de hechos probados contenido en la Sentencia de instancia del que se desprende el siguiente estado de cosas: el actor ha venido prestando servicios para la empresa INDASIA GEWURZWERK GMBH con domicilio social en Alemania, desde el día 1 de septiembre de 2015 con la categoría profesional de Gerente de Ventas.

El Sr. Arsenio ha desempeñado su actividad laboral (consistente en la comercialización de productos de la demandada en España, Portugal y Sudamérica) desde su propio domicilio, sito en la localidad de Laguna de Duero (Provincia de Valladolid), compaginando dicho trabajo a distancia con algunos viajes a dichos territorios.

Los ahora litigantes suscribieron el 26 de junio de 2015 un documento que denominaron "acuerdo de empleo" (folios 82 y siguientes de las actuaciones), no constando en las traducciones aportadas el lugar en el que fue rubricado.

En dicho acuerdo, se introdujo un apartado 12 con la rúbrica "OTROS" en la que se establecía lo siguiente:

12.1- Este acuerdo será gobernado de acuerdo a la legislación vigente alemana salvo que la legislación española al respecto se estime como prioritaria. Aplicará el Convenio Colectivo de ámbito provincial para el Comercio de Alimentación de Valladolid en la versión actualizada.

Por otra parte consta notificado al Servicio Público de Empleo Estatal en fecha 13 de octubre de 2015, documento normalizado de contrato de trabajo indefinido de fecha 29 de septiembre de 2015, en el que como empleador se identifica a Doña Rebeca, apoderada de la mercantil demandada y con domicilio en la ciudad de Barcelona, y en cuya cláusula séptima también normalizada, se hace constar que en lo no previsto en el contrato se estará a la legislación vigente que resulte de aplicación y en especial al Estatuto de los Trabajadores.

Pues bien dicho lo anterior, sostiene el actor que la versión normalizada del contrato fechada en septiembre de 2015 y presentada ante el SPEE en el mes de octubre ha de ser considerado como una novación del celebrado en junio de 2015, de modo que no conteniendo aquél previsión alguna sobre elección de derecho aplicable, habría de estarse el ordenamiento español como régimen regulador de su despido. No puede acogerse dicha posición por diversos motivos. En primer lugar, porque como bien precisa la Juzgadora de instancia en la fundamentación jurídica de su sentencia, no sólo carece de firma alguna el modelo normalizado presentado ante la Administración Pública lo que impide apreciar la concurrencia de una real y efectiva voluntad de las partes tendente a novar las condiciones particularmente pactadas en el mes de junio, sino porque además no resulta cuestionado que desde el mes de junio el Sr. Arsenio viniera prestando servicios efectivos para la demanda bajo el régimen acordado en el contrato que obra en autos. Pero es más, acoge como cierta la juzgadora (extremo que no puede ser revisado en esta sede) la explicación ofrecida por la representación de la empleadora en su declaración relativa a que la formalización de dicho modelo respondió únicamente al agotamiento del trámite de alta del actor en el sistema de Seguridad Social española, sin que en ningún momento existiera voluntad alguna de las partes de alterar lo previamente acordado.

Dicha circunstancia es la que dota de plena eficacia al pacto de sumisión expresa de los contratantes al Ordenamiento Laboral Alemán con lo que el motivo ha de ser desestimado en este punto.

Afirma también quien recurre que el derecho alemán priva al trabajador de la protección ofrecida por el Estatuto de los Trabajadores al reducir las exigencias que han de revestir al acto del despido (sin necesidad de acreditar la causa), revistiendo en este caso las disposiciones del artículo 55 y 53 del Estatuto de los Trabajadores la consideración de reglas de derecho necesario.



Partiendo de la aplicación del Derecho Alemán con ley rectora del contrato de trabajo que une a las partes, señala la Juzgadora en el Fundamento de Derecho Tercero de su sentencia que la empresa demandada ha agotado su carga de probar el contenido del mismo aportando dictamen jurídico (acompañado de traducción autenticada) en cuya virtud resultaría aplicable al caso que nos ocupa la denominada "Ley de protección frente al despido" por ser la demandada entidad que ocupa a más de 10 trabajadores y haber prestado el actor servicios durante más de 6 meses.

Dicha disposición proclama que para que el despido de un trabajador sea eficaz ha de estar socialmente justificado, y ello es así cuando responde a razones que residan en la persona o conducta del trabajador o a apremiantes necesidades empresariales que se opongan a la continuidad de aquél en la empresa.

Añade la norma que en todo despido:

- Se deberá oír al Comité de empresa comunicándoles las razones del despido, pudiéndose éste oponer en los términos previstos por la norma.
- Se deberá cumplir un plazo de preaviso de un mínimo de un mes.
- Firma manuscrita de quien tenga poder para contratar.
- Deberá efectuarse por escrito. No es necesaria la concreción de una causa, tan solo la manifestación inequívoca de la voluntad de resolver el contrato, así como la fecha a partir de la cual queda extinguida la relación laboral
- La justificación de tales razones por parte del empresario se producirá en el seno del proceso judicial.

Indica el perito que la doctrina jurisprudencial alemana ha proclamado que el despido es eficaz si en el ámbito empresarial el empleador decide una medida organizativa cuya implementación dentro de la empresa hace que desaparezca la necesidad de esa contrata mano de obra.

Partiendo de lo anterior no puede compartir esta Sala la posición del trabajador, pues si bien es cierto que son notables las diferencias entre nuestra regulación del despido y la germana, no menos veraz resulta que la garantía de prohibición de indefensión constitucionalmente proclamada queda salvaguardada en este segundo ordenamiento a través de dos instrumentos: la previa comunicación de la decisión empresarial a la representación de los trabajadores regulando un complejo cauce de oposición a la misma, y mediante la exigencia al empresario de acreditación de la realidad de causa en el proceso surgido de la impugnación de su decisión por parte del trabajador. Estas circunstancias son las que impiden apreciar la infracción normativa denunciada, con lo que el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- Con idéntico amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS denuncia Don Arsenio como infringido el artículo 286.1 de la norma adjetiva laboral por cuanto considera que declarada la nulidad de su despido resulta del todo viable su readmisión pues el centro de trabajo del actor fue siempre su domicilio.

Afirma la juzgadora en el Fundamento de Derecho Cuarto (considerando dicho extremo como cierto) que con posterioridad al despido del actor se ha producido el cese de la actividad de promoción comercial de la demandada en la Península Ibérica y Sudamérica desde España, desplegándose dicha actividad directamente desde Alemania.

Pues bien, no entiende esta Sala el impedimento para que el actor continúe desempeñando su labor comercial en los mismos términos en que lo venía haciendo, pues se declara probado que aquél laboraba desde su domicilio, así como que continua la compañía desarrollando la actividad de venta de sus productos en el territorio de la Península Ibérica y Sudamérica.

No resulta, por otro lado, admisible la actuación de la compañía tendente a preconstituir, inmediatamente después de operar el despido del actor, una situación que de facto impediría una futura readmisión caso de ser acogida (como de hecho ha acontecido) la declaración de nulidad de su despido.

En definitiva, el motivo es acogido declarando la obligación de la compañía de readmitir al trabajador en idénticas condiciones a las que venía disfrutando al tiempo de operarse el despido, con obligación de abonar los salarios de tramitación de tramitación devengados desde el momento del cese hasta el de la efectiva reincorporación, a razón de 166,35 euros.

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

EN NOMBRE DEL REY



FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR Y ESTIMAMOS en parte** el Recurso de Suplicación interpuesto por Don Arsenio , contra la Sentencia de fecha 27 de octubre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Valladolid ; en el procedimiento número 387/2017, sobre despido; **y revocando parcialmente** el fallo de la misma **confirmar la declaración de nulidad** del despido operado por la compañía INDASIA GEWURZWWERK GMBH con efectos de 31 de marzo de 2017, condenando a la **codemandada a readmitir** a Don Arsenio en idénticas condiciones a las que venía disfrutando al tiempo de operarse el despido con abono de los salarios de tramitación devengados entre la fecha del cese y la de la efectiva reincorporación a razón de 166,35 euros diarios. Sin costas.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta Capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la correspondiente certificación incorporándose su original al libro de sentencias.

SE ADVIERTE QUE:

Contra la presente sentencia cabe recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en los números 2 y 3 del artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de **600,00 euros** en la cuenta núm. 4636 0000 66 0166/18 abierta a nombre de la Sección 1ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Santander, acreditando el ingreso.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria desde otras entidades o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0049 3569 92 0005001274, código IBAN ES55, y en el campo concepto deberá contener los 16 dígitos que corresponden a la cuenta expediente indicado en el apartado anterior.

Asimismo, deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso, que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 221 en relación con el 230.2.C de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Firme que sea esta sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de la misma, al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos, excepto el Ilmo. Sr. D. Juan José Casas Nombela quien votó y no pudo firmar, haciéndolo en su lugar el Ilmo. Sr. D. Manuel Mª Benito López.