



Roj: **STSJ MU 1755/2018 - ECLI:ES:TSJMU:2018:1755**

Id Cendoj: **30030340012018100786**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **19/09/2018**

Nº de Recurso: **119/2018**

Nº de Resolución: **792/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RUBEN ANTONIO JIMENEZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA : 00792/2018

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

PASEO DE GARAY, 5 - 2ª PLANTA - 30005 - MURCIA

Tfno: 968 22 92 16

Fax: 968 22 92 13

NIG: 30030 44 4 2016 0005117

Equipo/usuario: ACL

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000119 /2018

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000582 /2016

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE/S D/ña Herminio

ABOGADO/A: ANTONIO NAVARRO GARCIA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Isaac , Iván

ABOGADO/A: FRANCISCO JAVIER LOSADA MORELL, FRANCISCO JAVIER LOSADA MORELL

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

En MURCIA, a diecinueve de septiembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos. Sres. D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española, en nombre S.M. el Rey, tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, ha dictado la siguiente

SENTENCIA



En el recurso de suplicación interpuesto por D. Herminio , contra la sentencia número 64/2017 del Juzgado de lo Social número 64/2017, de fecha 20 de febrero de 2017, dictada en proceso número 582/2016, sobre DESPIDO, y entablado por D. Herminio frente a las empresas Isaac y Iván .

En la resolución del presente recurso de suplicación, actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Hechos Probados en la instancia y fallo.

En la sentencia recurrida, se consignaron los siguientes hechos probados:

PRIMERO. El demandante, D. Herminio , con D.N.I. NUM000 , vino prestando servicios por cuenta y orden de D. Isaac , con N.I.F. NUM001 , en la denominada "Pastelería El Niño", con antigüedad de 15 de septiembre de 1995, categoría profesional de "obrador" y salario mensual de 1.923,77 euros mensuales, incluida la parte proporcional de pagas extras, y salario diario de 63,25 euros, con idéntica inclusión; desempeñando sus servicios en el centro de trabajo de la entidad demandada ubicado en la C/ Niño Jesús nº 16, bajo Yecla (Murcia).

SEGUNDO. En fecha 31 de mayo de 2016 D. Isaac remitió al demandante comunicación en virtud de la cual se le comunicaba la extinción de su relación laboral por cese de la actividad con motivo de su jubilación con efectos a 30 de junio de 2016. En dicha comunicación se le comunicaba en disfrute de vacaciones a partir del día 1 de junio de 2016.

Dicha comunicación obra adjuntada con el escrito rector de demanda como documento nº 1, y su contenido es dado aquí íntegramente por reproducido.

TERCERO. D. Isaac causa baja en RETA de la Seguridad Social en fecha 30 de junio de 2016, siendo perceptor de la pensión de jubilación con efectos desde el 1 de julio de 2016 mediante Resolución dictada por el INSS en fecha 2 de agosto de 2016, y habiendo causado baja en el censo de empresarios, profesionales y retenedores por causa de "cese de actividades empresariales y profesionales".

CUARTO. En fecha 1 de agosto de 2016 se concierta un contrato de arrendamiento de local entre D. Isaac (en calidad de propietario) y D. Iván local en planta baja de una sola nave del edificio sito en la localidad de Yecla (Murcia) y su calle Niño número 16, situado a la derecha del edificio antes mencionado, de superficie aproximada de ciento quince metros cuadrados. Linda derecha, planta baja de la finca de Carlos Antonio , izquierda, el local siguiente de Luis Manuel , y espalda, plante baja de la de herederos de Juan María y Jose Francisco . Inscripción Tomo 1790, Libro 1019, Folio 125, Finca 26234, Inscripción 1ª, siendo el precio convenido 1.200 euros mensuales (cláusula primera) y siendo la duración del arriendo de 12 meses, prorrogables tácitamente por periodos anuales, de no existir oposición por ninguna de las partes (cláusula segunda), pudiendo cualquiera de las partes desistir del contrato preavisando con dos meses de antelación a la fecha en que se quiera dar por resuelto el contrato (cláusula tercera).

La cláusula sexta de dicho contrato relativa al uso y destino del local dispone literalmente "el local se dedicará exclusivamente a uso comercial, en concreto, a comercio menor de productos de pastelería, bollería, etc... estando prohibido cualquier otro fin, bajo sanción de resolución contractual", comprometiéndose la parte arrendadora, conforme a la cláusula séptima, a asegurar el goce pacífico de la cosa arrendada, siendo de su cargo las reparaciones mayores, estructurales o de elementos comunes, siendo la parte arrendataria con cedora del estado en que se encuentra el local, sin que pueda obligar al arrendador a realizar otras obras que no sean las conducentes a conservar el local en las condiciones actuales de uso, salvo las que sean imputables al propio arrendatario, haciéndose constar que el local está dotado de tres máquinas de aire acondicionado, de cuya conservación y mantenimiento se haría cargo el arrendatario y pactándose en la cláusula octava que la parte arrendataria no podría realizar obras de ninguna especie en el local arrendado, salvo las de adaptación o decoración de la propia actividad, y si extraordinariamente la parte arrendadora autorizara la realización de alguna obra por escrito, las mismas quedarían en beneficio de la propiedad al finalizar el arriendo, pudiendo también obligar al arrendatario a reponer las cosas a su estado anterior, sin que por ello, tenga que abonar nada a la propiedad.

El referido contrato obra al ramo de prueba de la entidad codemandada D. Isaac como documento nº 6 y su contenido es dado aquí íntegramente por reproducido.

QUINTO. En fecha 23 de agosto de 2016 el demandante tiene conocimiento de que D. Iván se dedica a la actividad de "pastelería y bollería" en el local en que vino prestando sus servicios por cuenta y orden de D. Isaac , y propiedad de éste, ubicado en la C/Niño Jesús nº 16, bajo de la localidad de Yecla.



SEXTO. Junto al demandante fueron despedidos también otros tres compañeros de trabajo del actor y por la misma causa que éste (cese de la actividad del empleador por causa de jubilación) sin que ninguno de ellos se encuentre prestado sus servicios por cuenta y orden de D. Iván .

SEPTIMO. El demandante no es, ni ha sido representante legal de los trabajadores, ni delegado sindical.

OCTAVO. El demandante interpuso papeleta de conciliación ante la Sección de Conciliación del Servicio de Relaciones Laborales en fecha 9 de septiembre de 2016, celebrándose el acto con el resultado de "intentado sin efecto".

SEGUNDO.- Fallo de la sentencia de instancia.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo: "Que estimando la excepción de caducidad de la acción de despido esgrimida por la entidad Isaac ", debo de declarar y declaro caducada la acción de despido instada por D. Herminio contra la empresa " Isaac y contra la mercantil " Iván , y en consecuencia, absuelvo en la instancia y sin entrar a conocer sobre el fondo de la litis a los codemandados de todas las pretensiones deducidas en su contra".

TERCERO.- De la interposición del recurso y su impugnación.

Contra dicha sentencia fue interpuesto recurso de suplicación por el Letrado D. Antonio Navarro García, en representación de la parte demandante.

CUARTO.- De la impugnación del recurso.

El recurso interpuesto ha sido impugnado por el Letrado D. Francisco Javier Losada Morell en representación de la parte demandada Isaac .

QUINTO.- Admisión del recurso y señalamiento de la votación y fallo.

Admitido a trámite el recurso se señaló el día 12 de septiembre de 2018 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

FUNDAMENTO PRIMERO.- La sentencia de fecha 20 de febrero de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Murcia en el proceso 582/2016, desestimó la demanda interpuesta por D. Herminio contra las empresas D. Isaac y D. Iván , en virtud de la cual accionaba por despido ante la extinción de su contrato con fecha 30/6/2016, al estimar la caducidad de la acción opuesta por la parte demandada.

Disconforme con la sentencia, el demandante interpone contra la misma recurso de suplicación, solicitando, tanto la revisión de los hechos declarados probados, como la revocación de la sentencia, para que se dicte otra estimatoria de la demanda, denunciando la infracción del artículo 59.3 del ET, en relación con el 49.g) 7 44 del ET, en cuanto la sentencia estima la caducidad de la acción, y la de los artículos 49.g) y 44 del ET, en cuanto la sentencia no aprecia la existencia de una sucesión de empresa.

La empresa demandada se opone al recurso, habiéndolo impugnado.

FUNDAMENTO SEGUNDO.- Al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LRJS se solicita la revisión de los hechos declarados probados, con el fin de ampliarlos mediante la inclusión de un apartado de nueva redacción, con el numeral CUARTO bis, del siguiente tenor literal: "El Ayuntamiento de Yecla, certifica al Juzgado que "figura a nombre de D. Isaac una licencia de apertura para una Confitería-Pastelería en Calle Niño, 20 que fue otorgada por Resolución de Alcaldía de fecha 24/11/1977, habiéndose comunicado el cambio de titularidad en fecha 17- 8-2016, estando en tramitación al día de fecha". Asimismo Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social emite Informe de fecha febrero/2017, en donde se analizan a los demandados por separado, y señala textualmente " Iván ... la empresa efectúa su inscripción en la Seguridad Social el día 9/8/2016...siendo su objeto Comercio al por menor de pan. Se fija domicilio social de la empresa para la Tesorería de la Seguridad Social, el de calle Niño Jesús, 16 de Yecla..... Del examen de esta información se comprueba que ambas empresas cronológicamente se suceden, asimismo se comprueba que ambas empresas tienen coincidencia de centro de trabajo y de actividad productiva (consistente en la comercialización de pan).

La revisión se fundamenta en los documentos de referencia, por lo que procede la ampliación que se solicita, con exclusión del último párrafo que refiere". Del examen de esta información se comprueba que ambas empresas cronológicamente se suceden, asimismo se comprueba que ambas empresas tienen coincidencia de centro de trabajo y de actividad productiva (consistente en la comercialización de pan)", por tratarse de una conclusión de parte. La revisión es relevante, en tanto en cuanto, el primer documento deja constancia de



que, por efecto de arrendamiento, se comunicó al ayuntamiento el cambio de titularidad de la licencia para la actividad de confitería-pastelería.

FUNDAMENTO TERCERO.- La cuestión que se plantea en primer lugar se centra en determinar cuál es la fecha a partir de la cual se inicia el cómputo de la acción por despido, la cual está íntimamente vinculada a la de determinar si ha existido o no una sucesión de empresa.

La sentencia recurrida ha apreciado que el plazo de caducidad ha de comenzar desde la fecha en que se extinguió la relación laboral (30/6/2016), con independencia de la posible posterior continuación de la actividad. De tal criterio discrepa el demandante afirmando que el plazo comienza a partir de la fecha de conocimiento de la existencia de una sucesión de empresa.

En el presente caso, la causa invocada para la extinción del contrato de trabajo fue la jubilación del empresario, sin continuación de la actividad.

El artículo 49.g) al regular tal causa de extinción, condiciona su eficacia a que no se produzca una continuación de la actividad que sea constitutiva de una sucesión de empresa, cuando establece que el contrato de trabajo se extinguirá "- Por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44".

A su vez, el artículo 44.2 del ET concreta los datos necesarios para determinar cuando existe una sucesión de empresa y, al efecto, entiende que para ello se precisa una transmisión de un conjunto de medios organizados que permitan llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio, de la que llevaba a cabo la anterior empresa.

En el presente caso, en virtud de un contrato, denominado de arrendamiento de local, el anterior titular ha transmitido al denominado arrendatario, el uso y disfrute de la totalidad de los bienes muebles e inmuebles que estaban afectos a la actividad de pastelería-repostería, además el contrato especificaba que el local debería estar destinado a actividad similar a la desarrollada por el anterior empresario y ello se completa, con el dato que resulta de la ampliación de los hechos declarados probados, pues para completar la operación se solicita del ayuntamiento un cambio de la titularidad de la licencia de apertura para la actividad de confitería-pastelería, que anteriormente detentaba el anterior empresario. De tales datos es preciso concluir que concurren todos los requisitos que contempla el artículo 44 del ET para estimar la existencia de una sucesión de empresa.

Como antes se ha expresado, la causa de extinción que por jubilación del empresario se contempla en el artículo 44 del ET, se condiciona a la ausencia de continuidad de la actividad que pueda ser constitutiva de una sucesión de empresa. Tal condicionamiento ha de determinar una singularidad en cuanto al cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de despido ante la invocación de la jubilación del empresario, cuando este oculta su intención de lucrarse mediante la transmisión de la empresa, por lo que la fecha inicial del cómputo del plazo de caducidad debe producirse cuando se constata la sucesión empresarial, siempre que no se haya producido un importante lapso de tiempo entre el cese en la actividad del anterior empresario y la reanudación de la misma por el último.

En el presente caso, es evidente que el empresario cesante por jubilación quería rentabilizar su cese mediante el contrato suscrito con el demandado que constituye, de facto, un traspaso, al conservar el primero la propiedad de los elementos materiales. El tiempo transcurrido entre el cese (30/6/2016) y el inicio de la nueva actividad, posterior al 17 de agosto 2016, pues esta es la fecha en la que se solicita el cambio de la titularidad de la licencia municipal, es breve e indiciario de voluntad del empresario para que se superara el plazo de 20 días que fija el artículo 59 del ET, por lo que se debe estimar que ello es constitutivo, así mismo, de fraude de ley (artículo 6 del Código Civil), en cuanto tiene por objeto impedir el ejercicio legítimo de sus derechos por parte de los trabajadores. Por lo expuesto, esta sala no comparte el criterio de la sentencia recurrida en cuanto estima la caducidad de la acción ejercitada, pues el plazo para su ejercicio debe empezar a contar desde la fecha del 23/8/2016, en que el demandante afirma que conoció los datos sobre la existencia de la sucesión empresarial, la cual resulta razonable, en atención a la fecha del contrato de arrendamiento de local de negocio (1/8/2016), así como de la fecha del 17/8/2016 en que se solicita el cambio en la titularidad de la licencia municipal. Entre la fecha del 23/8/2016 y la de presentación de la demanda (26/9/2016) no transcurrieron los 20 días hábiles que, como plazo de caducidad para el ejercicio de la acción por despido, establece el artículo 59 del ET descontando la suspensión de su cómputo desde el 9 de septiembre hasta el intento de conciliación, operada por la presentación de la papeleta de conciliación.

La sentencia recurrida, en cuanto estima la caducidad de la acción ejercitada, vulnera el artículo 59 del ET, en relación con los artículos 49.g) y 44 del ET, por lo que procede su revocación.

FUNDAMENTO CUARTO.- Estima esta Sala que, por los argumentos antes expresados, la continuidad en la actividad empresarial por parte del codemandado D. Iván es constitutiva de la sucesión de empresa que se



contempla en el artículo 44 del ET, por lo que no concurre la causa de extinción del contrato de trabajo invocada por el empresario demandado D. Isaac . Como consecuencia de ello, la extinción del contrato de trabajo del actor, producida el 30/6/2016, es constitutiva de despido, en cual debe ser declarado improcedente, con las consecuencias legales que establece el artículo 5 del ET y la responsabilidad solidaria de los codemandados, con aplicación de lo que dispone el artículo 44 del ET.

Procede en consecuencia, la estimación de la demanda, declarar la improcedencia del despido del actor y condenar solidariamente a las empresas codemandadas, a que, a su opción, bien readmitan al trabajador en las mismas condiciones existentes con anterioridad al despido, bien a optar por la extinción de contrato, condenándolas a pagar al mismo una indemnización de 46,596,23 €.

FALLO

En consideración a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Estimar el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 20 de febrero de 2017, dictada por el juzgado de lo social nº6 de Murcia en el proceso 582/2016, revocarla y, en su lugar, rechazar la excepción de caducidad de la acción ejercitada, estimar la demanda interpuesta por D. Herminio contra las empresas D. Isaac y D. Iván , en virtud de la cual accionaba por despido ante la extinción de su contrato con fecha 30/6/2016, declarar que tal extinción es constitutiva de despido y su improcedencia, condenado solidariamente a las empresas codemandadas, a que, a su opción, bien readmitan al trabajador en las mismas condiciones existentes con anterioridad al despido, con obligación de pagar los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la readmisión, bien a optar por la extinción de contrato, condenándolas a pagar al mismo una indemnización de 46.596,23 €.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banco de Santander, S.A.

Dicho ingreso se podrá efectuar de dos formas:

- 1.- Presencialmente en cualquier oficina de Banco de Santander, S.A. ingresando el importe en la cuenta número: 3104-0000-66-0119-18.
- 2.- Mediante transferencia bancaria al siguiente número de cuenta de Banco de Santander, S.A.: ES55-0049-3569-9200-0500-1274, indicando la persona que hace el ingreso, beneficiario (Sala Social TSJ Murcia) y en el concepto de la transferencia se deberán consignar los siguientes dígitos: 3104-0000-66-0119-18.

En ambos casos, los ingresos se efectuarán a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banco de Santander, S.A., cuenta corriente indicada anteriormente.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.



Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ