



Roj: **STSJ AS 2099/2016 - ECLI:ES:TSJAS:2016:2099**

Id Cendoj: **33044340012016101534**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **21/06/2016**

Nº de Recurso: **1291/2016**

Nº de Resolución: **1400/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Oviedo, núm. 3, 22-03-2016 ,
STSJ AS 2099/2016**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 01400/2016

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33044 44 4 2016 0000177

402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0001291 /2016

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000033 /2016

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE/S D/ña: Jose Ignacio

ABOGADO/A: CARLOS-MARIA MEANA SUAREZ

RECURRIDO/S D/ña: FOGASA FOGASA, DIS&LIDER SAL , DANONE S.A. , MINISTERIO FISCAL MINISTERIO FISCAL

ABOGADO/A: FOGASA, , CARMELO ISAAC TOBÍA GALILEA

Graduado social: MARIA EVANGELINA MEDINA ESPINA

Sentencia nº 1400/16

En OVIEDO, a veintiuno de Junio de dos mil dieciséis.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Iltmos Sres. D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ, Presidente, D^a. PALOMA GUTIERREZ CAMPOS y D^a. MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ, Magistrados, 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 0001291/2016, formalizado por el letrado D. CARLOS MARIA MEANA SUAREZ, en nombre y representación de Jose Ignacio , contra la sentencia número 151/2016 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de OVIEDO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000033/2016, seguidos a instancia de Jose Ignacio frente a FOGASA, DIS&LIDER SAL, DANONE S.A., MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. **D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Jose Ignacio presentó demanda contra FOGASA, DIS&LIDER SAL, DANONE S.A., MINISTERIO FISCAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 151/2016, de fecha veintidós de Marzo de dos mil dieciséis .

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

1º) El actor don Jose Ignacio con DNI nº NUM000 ha figurado en alta en TGSS:

RG, Mantequerías Arias S.A.: 27.4 a 27.10.81

RG, Desempleo: 28.10.81 a 27.1.82

RG, Industrias Cárnicas Navarra: 1.4.82 a 4.12.85

RG, Desempleo: 5.12.85 a 9.12.85

Autónomos - Asturias: 1.1.86 a 31.1.99

RG, Dis & leader S.L.: 1.2.99 a 18.12.2015.

2º) Con esta última empresa tenía contrato indefinido ordinario para prestar servicios a tiempo completo como conductor-perceptor en el centro de trabajo de Viella - Siero. No ostentaba en ella ni ostentó cargo alguno de representación legal o sindical de los trabajadores y le correspondía percibir con arreglo al convenio colectivo del sector de transporte por carretera de Asturias un salario bruto día en cómputo anual de 78,74 €, equivalente a 28.740,10 €/año. Comenzó a prestar servicios en ella como repartidor pasando después de unos años a realizar otras funciones (preventa productos Danone).

3º) El 18-12-15 la empresa Dis & Leader S.L. le comunica su despido objetivo con efectos inmediatos en los siguientes términos:

"Muy Sr. Nuestro:

De acuerdo con las facultades conferidas a la Dirección de la Empresa por las disposiciones legales vigentes, se ha acordado rescindir su Contrato de Trabajo, con fecha y efectos del día de hoy 18 de diciembre de 2015, por la causa organizativa de necesidad de amortizar su puesto de trabajo, prevista en el artículo 52 c), en relación con el artículo 51.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores .

Como usted conoce, por así habérselo comentado personalmente, por parte de la empresa DANONE, S.A., se notificó a la Dirección de la Empresa con fecha de 10 de octubre de 2015 las variaciones que tendrán lugar con la aplicación del proyecto NWORDER que elimina el servicio de preventa actual y del proyecto de televenta que elimina el actual servicio de captura telefónica de los pedidos que nos hacen los clientes, quedando por tanto sin ocupación efectiva su puesto de trabajo, y no ser posible ocuparle en ninguna otra actividad.

Para dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores ,

a.- Se le notifica la decisión extintiva, mediante la presente comunicación escrita, en la que se expresa detalladamente la causa de la misma.

b.- En este acto y mediante cheque nominativo, se pone a su disposición en concepto de indemnización, la cantidad de 28.741,83 € (veintiocho mil setecientos cuarenta y uno euros con ochenta y tres céntimos), equivalente a 20 días de salario bruto con prorrata de pagas por año de servicio o fracción, con el tope máximo de doce mensualidades, tomando como salario día la cuantía de 78,74 € brutos con prorrata de pagas y un tiempo de prestación de servicios desde el 1 de febrero de 1999.



c.- Concesión de un plazo de preaviso de quince días.

No obstante, dada la situación de nerviosismo y tensión creada por la situación, se considera oportuno no proceder a la concesión de este preaviso, sustituyéndolo por el importe del salario, en cuantía de 1.195,74 €, (mil ciento noventa y cinco euros con setenta y cuatro céntimos de euro), según permite el artículo 53 c) del Estatuto de los Trabajadores .

d.- Se le informa que se da traslado de la presente notificación al representante de los trabajadores.

Con independencia del cumplimiento de los requisitos anteriores:

1.- Obra a su disposición en las oficinas de la empresa la parte proporcional de los salarios del mes de diciembre y liquidación final de Partes Proporcionales de Pagas Extraordinarias.

2.- Desconocemos su posible afiliación sindical, por lo que, salvo indicación expresa escrita, tras la recepción de esta notificación, no se da traslado de la presente notificación a central sindical alguna.

3.- En relación al apartado final del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores , debemos indicar que carece de prioridad de permanencia al no ser representante de los trabajadores.

4.- Quedamos a su disposición para poder facilitar la información sobre los aspectos a los que se hace mención en la presente notificación o para ampliar aquéllos que estime necesarios para una completa defensa de sus derechos, a pesar de que conoce directamente la situación organizativa y de empleo.

5.- En el supuesto de que considerara erróneos los datos salariales utilizados como base para el cálculo de la indemnización y preaviso, le rogamos nos lo indique por escrito de forma inmediata, con especificación detallada de los conceptos salariales omitidos, a fin de proceder a las comprobaciones oportunas y posible rectificación si procediera.

Rogamos firme la copia de la presente notificación en concepto de acuse de recibo, atentamente".

4º) El mismo día se le entregó cheque nominativo por el importe de la reseñada indemnización que ya realizó, y por transferencia de 21-12-15 se le abonaron por nómina y liquidación 2.747,97 €. También percibió el importe sustitutorio del preaviso omitido.

5º) Danone S.A. participó vía email del 19-X-2015 a Dis & Leader S.L. (sic): "Tal como hemos venido comentando los servicios de preventa y televenta que nos vienen prestando tocan a su fin con la implantación de los proyectos NEW ORDER Y TELEVENTA. Estos proyectos terminan su implantación nacional en breve. Las fechas designadas para Dis & Leader son: 1) para extinción del servicio de preventa 14 de diciembre de 2015, 2) para extinción del servicio de televenta 21 de diciembre de 2015. A partir de esas fechas no necesitaremos los servicios indicados. Un cordial saludo". El 22-11-15 Danone S.A. le participó las nuevas comisiones comerciales que regirían -más reducidas- como consecuencia de la desaparición de dichos servicios que prestaba Dis - Leader S.L.

6º) Presentó el actor papeleta conciliatoria previa sobre Despido el 29-12-15, acto que concluyó celebrado el 18.1.2016 con el resultado de "sin avenencia" respecto de Dis - Leader S.L. y Danone S.A. Se presentó la demanda el 20.1.16, suspendiéndose de común acuerdo los actos de conciliación y juicio que venían inicialmente señalados para el 2.3.16, con nueva convocatoria para el pasado día 16.3.2016.

7º) El 11.11.15 presentó el Sr. Jose Ignacio papeleta conciliatoria en materia de derechos (cesión ilegal) frente a Danone S.A. y Dis - Leader S.L., acto que concluyó asimismo "sin avenencia", y posterior demanda el 4-12-15 que ha correspondido por turno de reparto al juzgado de lo social nº 6 de Oviedo (PO 930- 15), ante el que se halla pendiente de celebrar juicio convocado para el día 19 julio 2016.

Igualmente interpuso papeleta conciliatoria el 27.11.15 reclamando de las mismas demandadas el abono de 30.000,00 € por diferencias salariales del período 1.11.14 a 31.10.2015. Cantidad que se solicitó a tanto alzado sin mayor explicación (f. 550 y siguiente). El acto concluyó de nuevo celebrado sin avenencia (el 16.12.15).

8º) Mediante escritura notarial de 9.5.1941 se constituye la mercantil Compañía Comercial de Ganadería e Industrias Lácteas S.A., por don Enrique y don Esteban , que mediante escritura notarial de 27-12-1966 cambia su denominación a "Danone S.A.", nombre comercial con el que se conocían en el mercado sus productos, trasladándose el domicilio social a Gerona. El objeto social lo es industrias de la alimentación, y dentro de este sector especialmente la industria de la leche y sus derivados.

9º) Para Industrias Cárnicas Navarra repartía y comercializaba el demandante como trabajador dependiente productos de la marca "Argal". En el período enero de 1986 a 31.1.1999 pasó a distribuir productos de la marca Danone en un 95%, así como otros de las marcas Reny Picot y Forlasa en mucho menor porcentaje, constituyendo una comunidad de bienes con don Gerardo el 2.1.86, siendo el anterior titular de la distribución



en exclusiva de productos de la marca Danone en la zona oriental de Asturias, asociándose ambos a tal fin. Disponían para la actividad de una nave almacén arrendada por ellos en Infiesto (Asturias) y de dos camiones frigoríficos de su propiedad que habían adquirido en Barcelona a la empresa COBO S.A.

10º) La empresa Dis & Leader S.L., al corriente a data 11.3.16 en el cumplimiento de sus obligaciones con la TGSS, fue constituida mediante escritura notarial de 20-9-98 por:

Don Gerardo

Don Julio

Don Marcial

Don Millán

Don Norberto

Don Onesimo y

Don Pelayo , con un capital social de 1.400.000 ptas, dividido en 280 participaciones sociales de igual valor, suscribiendo cada socio 40 de ellas, siendo designados administradores mancomunados por tiempo indefinido Don. Julio , Millán , Norberto y Onesimo .

Con CIF B. 33.556.994 su objeto social es venta, transporte y reposición de productos perecederos. Su sede social se estableció en Carretera de la Estación s/n Viella - Siero.

Mediante escritura notarial de 13-11-2005 se desvinculan de la sociedad Julio , Norberto y don Onesimo vendiendo sus participaciones sociales a tres de los anteriores siete socios; siendo designados administradores solidarios los mismos tres adquirentes de las nuevas participaciones sociales:

Gerardo

Millán

Pelayo .

11º) El 23-06-05 había sido constituida con idéntico objeto y sede social, y con un capital social de 3.300,00 €, la sociedad Astur Merchand SRL (B. 74.141.698), de la que son administradores solidarios asimismo Gerardo , Millán y Pelayo .

12º) Los socios que por discrepancias abandonaron Dis - Leader S.L. en 2005 constituyeron al parecer otra sociedad, Insaes S.L., de idéntico objeto que el de Dis - Leader S.L.

13º) Dis - Leader S.L.:

- En el ccc 33 44675 mantiene en alta a dos operarios, Estibaliz desde 1-5-10 y Felicísima desde 26.11.2011, habiendo causado baja el 9.1.16 doña Guadalupe . (alta de 18.11.15).

- En el ccc 33 11085 causaron baja por despido objetivo el 18.12.15 el demandante y el 14.12.15 Carlos y Celestino , asimismo preventistas. Continuaban en alta a 17.2.16 otros cinco operarios con antigüedad de:

1.11.98

20.12.99

20.12.99

20.12.99

1.3.07. F. 79º.

14º) En la empresa Astur Merchand SRL a 17.2.16 constan 11 afiliados distintos desde: 2-9-05

1-4-11

9-11-15 (Macarena)

9-11-2015 (Maribel)

9-11-2015 (Olga)

1-7-05

7-7-08

9.11.15 a 16.1.16 y 19.1.2016 (Elva Mª Feito)

1-7-05

9-11-2015 (Ruth)

11-1-2016 (Sofía), respectivamente. F. 80º.

15º) Ante la UMAC - Gijón el también despedido por iguales causas, Celestino , concilió el 21.12.2015 su despido en los siguientes términos: desistiendo el actor de la acción frente a Danone S.A., Dis - Leader S.L. le ofreció como mejora de la indemnización por despido objetivo ya percibida y falta de preaviso, otros 6.170,93 € netos, más 3.100,32 € netos en concepto de salarios, liquidación y finiquito, aceptando el actor el ofrecimiento y una vez percibidos los 9.271,25 € convenidos se daría por extinguida la relación laboral a 14-12-15 otorgando el trabajador carta de pago, saldo y finiquito, desistiendo expresamente de cualquier acción judicial o extrajudicial frente a las conciliadas realizado dicho pago, a cuyo fin se le entregaron dos cheques nominativos por Dis - Leader S.L. (6.170,93 y 3.100,32 €) contra cuenta de la misma abierta en Caja Rural de Asturias. F. 561º.

Lo propio sucedió con Carlos (f. 566º), siendo en su caso la mejora de indemnización de 43.968,16 €, y otros 2.638,24 € por salarios devengados, liquidación y finiquito, siéndole entregados por Dis - Leader S.L. cheques nominativos por esos respectivos importes contra cuenta de la misma conciliada aperturada en Caja Rural de Asturias, comprometiéndose el trabajador a otorgar la más completa y eficaz carta de pago una vez realizados los cheques, sin tener nada más que reclamar de las conciliadas, y a desistir igual y expresamente de toda acción frente a ellas y, en concreto, del específico procedimiento que se seguía ante el juzgado de lo social nº 6 de Gijón con el nº de autos 931/15 -cesión ilegal-

El mismo acuerdo se ofreció en su día al demandante Sr. Jose Ignacio que lo rehusó al no partirse de su antigüedad pretendida de 1.1.86.

16º) Correspondería percibir al demandante un salario día de 103,76 € conforme al Convenio Colectivo de Danone S.A. (37.872,00 € año) partiendo de una antigüedad de 1.1.1986, 2.019,84 € mes de salario convenio por 15 pagas, más 504,96 € mes de quinquenios al 5% cada uno por asimismo 15 pagas año. Nunca ha tenido el actor correo corporativo del dominio "Danone" ni reportaba a Danone S.A. sus gastos por la actividad desempeñada, dietas devengadas,....

17º) Dis & Leader S.L. facturaba quincenalmente a Danone S.A. las comisiones por las gestiones comerciales encomendadas a la misma -preventiva-. Dis & Leader S.L. es la propietaria de los camiones frigoríficos de reparto de los productos marca Danone así como de la PDA de captura de pedidos que llevaban los preventistas, y también de los vehículos automóviles que los últimos utilizaban en sus desplazamientos para realizar las funciones de preventiva en los distintos centros comerciales, supermercados, ... que son clientes de Danone S.A.

Camiones y vehículos iban rotulados con el logo de Dis & Leader, así como con la marca comercial Danone o bien con algún producto dibujado de la misma marca, verbigracia Actimel. Los uniformes de los empleados de Dis & Leader S.L. proporcionados y costeados por ella llevaban asimismo sendos logos. Dis & Leader S.L. pagaba a sus empleados las nóminas, tramitaba sus altas y bajas en la Seguridad Social, las situaciones de I. Temporal, pagaba los seguros sociales, combustibles y averías de los vehículos, ..., concedía las vacaciones, descansos y permisos retribuidos a sus operarios, pudiendo cambiar de ruta a los mismos si existían quejas de tiendas o destinatarios finales del producto.

Salvesen logística S.A. está contratada por Danone S.A. para el almacenaje en frío de sus productos, a efectos de la preparación en las instalaciones de Salvesen de pedidos a servir a la clientela de Danone S.A. y posterior distribución de ellos a la misma, tiendas.

El transporte de la central de Danone S.A. a la nave de Salvesen en Siero lo hace esta empresa logística, sin que Dis & Leader S.L. gestione stock del producto del almacén ni prepare o almacene pedidos.

De la nave de Siero en el Polígono de Viella propiedad de Salvesen Logística S.A. (empresa al parecer participada por Danone S.A. en porcentaje que se ignora) salen los pedidos a repartir a las tiendas una vez preparados, reparto que es realizado por Dis & Leader S.L. o bien por Insaes S.L. según las rutas de cada una en Asturias, reparto que Dis & Leader S.L. factura a Salvesen Logística S.A. que tiene sede social en Getafe, Río Guadiato parcela nº 2, CIF A. 96.569.207.

Las reposiciones de los productos Danone en las tiendas cuyos pedidos o gestión de preventiva realizaba Dis & Leader S.L. era realizada por personal de Astur Merchand SBL (reponedores). Tanto en Dis & Leader S.L. como en Insaes S.L. existían conductores repartidores y preventistas, cuyas funciones nada tienen que ver, el demandante pasó a hacer las últimas sobre el año 2005, hasta entonces era conductor-repartidor, al igual que en el período en que estuvo en alta en el RETA, siendo las funciones de preventiva y merchandising contratadas por Danone con Dis & Leader S.L. tiempo después.



Otro preventista de Insaes S.L. fue asimismo objeto de una extinción individual por causas objetivas, conciliándose el despido con Insaes S.L. (f. 263º) el 21-12-15 ante la UMAC, mejorando esta empresa la indemnización en otros 37.733,12 €, otorgando el operario con respecto a Insaes S.L. y Danone S.A. con su percibo la más eficaz y completa carta de pago (Víctorio).

18º) Los conductores-repartidores de Dis & Leader S.L. cargan en la nave de Salvesen en Siero -Polígono de Viella los productos de la marca Danone a repartir a las tiendas- clientes de Asturias, efectuando asimismo labores de cobro. En la nave en Siero de Salvesen existen zonas de oficinas destinada a Dis & Leader S.L., con el nombre de esta empresa en el portero automático. Los camiones de Salvesen Logística S.A. amén del nombre de esta empresa llevan asimismo el logo de "Danone" o de algún producto fabricado por la mercantil Danone S.A.

Los de Insaes S.L. igualmente llevan impreso algún logo de "Danone" y el de Insaes como o en calidad de distribuidor de Danone (f. 494º).

Los preventistas no acuden a las oficinas de Dis & Leader más que una vez al mes para tratar temas comerciales y de publicidad con el gestor comercial- empleado de Danone S.A., que les informa acerca de las nuevas compañías promocionales de los productos de Danone S.A. y demás iniciativas comerciales que se quieren poner en marcha para concurrir con las marcas de la competencia.

No realizan los preventistas gestión de cobros y sus funciones consisten en capturar en cada tienda los pedidos con la PDA propiedad de Dis & Leader S.L. que utiliza un sistema o programa informático proporcionado por la empresa Danone S.A., común a nivel nacional, desde el que rebotan las capturas a la central de Barcelona y desde ésta a su vez pasan a la empresa Salvesen Logística S.A. en Siero para su posterior preparación y distribución; velan asimismo los preventistas porque se retiren los productos caducados de Danone de los expositores en frío de las tiendas y por la correcta ejecución de las acciones de merchandising existentes en cada momento, tendentes a potenciar la venta de productos marca Danone frente a los de la competencia en el sector. Las incidencias del programa informático se solventan llamando a un nº de teléfono donde son atendidos por personal que no es de la empresa Dis & Leader S.L.

Cuando encienden la PDA y según la ruta que cada preventista tenga asignada por su empresa, Insaes S.L. o Dis & Leader S.L., le aparecen los establecimientos clientes de Danone S.A. que ha de visitar, el orden en que ha de hacerlo, lo que responde a las exigencias de cada cliente de Danone S.A., las distancias entre unos y otros establecimientos, hipotéticas previsiones de pedidos según capturas previas con la PDA en los días anteriores,

El material de merchandising les es facilitado por el gestor comercial en Asturias que es personal dependiente de Danone S.A. (Ignacio).

Los preventistas disponían del teléfono del anterior y de los demás compañeros preventistas manteniendo chats o comunicaciones individuales vía whatsapp comentando incidencias varias que les surgían en la gestión de la preventa, del merchandising, así como conversando acerca de temas extralaborales varios, comentando también cuestiones como las tiendas que cerraban verbigracia de El Árbol, F. 952º.

La preventa así contratada fue desapareciendo progresivamente en España, siendo en Asturias el último lugar en el que lo hizo.

El demandante recibió formación comercial en Oviedo los días 19 a 21-3-2007 impartida por Danone S.A. F. 831º.

A los distintos preventistas que conciliaron sus ceses ante la UMAC les asesoró la misma defensa técnica que ahora representa al demandante Sr. Jose Ignacio .

En Asturias distintos supermercados centralizaron en su personal las tareas de preventa-gestión de pedidos de los productos Danone y reparto a sus tiendas de los mismos productos Danone, primero lo hizo Alimerka en 2011-2012 y últimamente en 2015, a finales, lo hizo El Árbol. Entre los preventistas era un rumor conocido meses antes que Dis & Leader S.L. iba a perder la "preventa" de Danone, lo que se oficializó en 12/2015.

El gestor comercial de Danone S.A. ignoraba en qué momento trabajaba o descansaba cada preventista, verbigracia folio 868º abajo.

19º) Cuando Alimerka centralizó la distribución, los despidos objetivos habidos de personal de Dis & Leader S.L. se sustanciaron sólo con ésta en sede judicial sin accionarse frente a Danone S.A. por los trabajadores.

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



"Que desestimando la demanda formulada por don Jose Ignacio en materia de despido, declaro procedente el de efectos 18-12-15, absolviendo a las demandadas Dis & Leader S.L., Danone S.A., Fogasa y Ministerio Fiscal de sus pretensiones, consolidando el actor la indemnización y el montante por falta de preaviso ya percibidos y considerándosele en situación legal de desempleo por causa al mismo no imputable."

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

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 13 de mayo de 2016.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 2 de junio de 2016 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.- Interpone la parte actora recurso de suplicación contra la Sentencia de instancia, desestimatoria de las pretensiones deducidas en su demanda, en el que interesa la revisión del relato fáctico de aquélla, con adecuado encaje en el apartado b) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, y denuncia la infracción de normas sustantivas y/o de la jurisprudencia, al amparo de la letra c) de dicho precepto. El recurso es impugnado por las dos empresas co-demandadas.

Respecto de aquél primer motivo debe de recordarse que es doctrina consolidada, cuya reiteración excusa su pormenorizada cita, la que declara que para evitar que la discrecionalidad jurisdiccional se extralimite hasta el punto de transformar el recurso excepcional de suplicación en una segunda instancia, éste debe de adecuarse a la observancia de determinados requisitos, a saber:

1º) La revisión de la versión histórica de una Sentencia no permite ni faculta al Tribunal ad quem a efectuar nueva valoración global y conjunta de la totalidad de la prueba practicada, sino que la misma se limita y debe operar sólo sobre la invocada en el escrito de formalización, documental y/o pericial, que además debe de ser patentemente demostrativa del error de hecho denunciado.

2º) No cabe admitir la variación fáctica de aquélla amparada en las mismas pruebas que han servido para su fundamento puesto que no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el Magistrado a quo por un juicio valorativo personal y subjetivo del recurrente, parte interesada en el proceso.

3º) En el supuesto de medios de prueba contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones opuestas e incompatibles, debe de prevalecer la solución fáctica adoptada por el Juzgador de instancia a quien corresponde, en el uso de las facultades a él conferidas en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, valorar de entre el material probatorio practicado el que considere más atinado objetivamente o de superior valor científico, siempre que su libre apreciación sea razonable.

4º) Finalmente la modificación postulada ha de tener trascendencia para llegar a alterar el fallo recurrido; de no ser así y aun cuando se aprecien los errores denunciados que pudieran propiciar la rectificación del relato fáctico, si los mismos carecen de virtualidad al indicado fin no podrán ser acogidos.

Los presupuestos que anteceden no concurren en el caso analizado en el que la variación fáctica propuesta se sustenta en los documentos que obran a los folios 912 a 992 de las actuaciones cuyos contenidos no revelan per se el exigido y ya reseñado error patente y claro de la Juzgadora a quo en su apreciación, ya que carecen de una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable pues la equivocación denunciada no emana por sí misma de ellos de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Noviembre de 1998). El recurrente se limita a otorgar mayor valor a los documentos con los que pretende la revisión que a los tenidos en cuenta en la Sentencia, olvidando que la Magistrada ha valorado ya aquéllos junto con el restante material probatorio al que ha decidido otorgar, tras verificar el pertinente juicio de razonabilidad, más eficacia y credibilidad, debiendo asumirse la convicción por ella así alcanzada al no evidenciarse error en las pruebas documentales o periciales, no comportando esto ni la aceptación de una absoluta soberanía en la apreciación de la prueba ni la admisión de su libertad plena para seguir o guiarse por meras conjeturas o impresiones, pues el artículo 24.2 de la Constitución exige en este punto una deducción lógica partiendo de datos fijados con certeza y obtenidos de modo racional.

A lo dicho cabe añadir que no es posible admitir la revisión fáctica de una sentencia con base en las mismas pruebas que han servido para su 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, situación aquí concurrente



si observamos que la adición fáctica propuesta en el escrito de formalización se ampara en los documentos ya reseñados cuya eficacia probatoria ha sido expresamente tenida en cuenta por la Magistrada con el alcance y en los términos plasmados en el párrafo séptimo del Hecho Probado Décimo Octavo, cuya pretendida modificación, por tanto, no puede merecer favorable acogida.

SEGUNDO.- En el apartado reservado a infracciones normativas se denuncia primeramente la vulneración de los artículos 43.1 y 3 del Estatuto de los Trabajadores .

Las cada vez más frecuentes manifestaciones mercantiles de descentralización productiva ó de externalización de servicios adoptadas por las empresas como formas de organizar su actividad, jurídicamente permitidas y protegidas, pueden plantear serias dificultades en supuestos en los que la línea divisoria entre el fenómeno legal y la cesión prohibida resulta confusa, no pudiendo operar criterios fijos de deslinde preestablecidos ante la variedad de situaciones posibles. La doctrina científica viene entendiendo que mediante la descentralización productiva la empresa principal confía a otra, empresa contratista, la realización de una parte de su actividad, sector o fase de producción, o de sus servicios suficientemente diferenciados, abonando un precio por la ejecución de lo pactado. No es relevante que se trate de una actividad permanente o temporal, ni que sea propia de la empresa principal, ya que también las actividades inherentes al ciclo productivo pueden ser objeto de contrata externa. También es indiferente que tal actividad sea complementaria, aunque imprescindible, o meramente accesoria y contingente. Sin embargo lo que sí caracteriza la externalización es que la empresa principal prescinde de realizar esa actividad por sí misma y se limita a recibir y controlar el resultado de la ejecución por la contratista, la cual a su vez es quien se responsabiliza de la entrega correcta de los bienes o servicios, aportando para ello sus medios personales y materiales, organizando a sus operarios dirigiéndolos y controlándolos para que el resultado de su tarea cumpla el objeto del contrato. Ahora bien, en los casos en los que esta diferenciación no sea posible o no se lleve a cabo y la empresa principal organice los trabajos a realizar y efectúe un control inmediato, directo y constante de la ejecución de la labor de los empleados de la contratista, nos encontraremos con la desnaturalización de la figura de la contrata, que habrá quedado reducida a la mera provisión de mano de obra para que sea la primera quien directamente reciba los frutos de su trabajo y ejerza el poder de dirección que incumbe a la segunda, debiendo aquí apreciarse la existencia de una cesión ilícita y no de una contrata.

No es ésta última la situación predicable del supuesto enjuiciado en el que tanto la versión histórica de la Resolución recurrida cuanto las afirmaciones que con indudable valor de hecho probado se plasman en su fundamentación jurídica evidencian que no nos hallamos ante un fenómeno de cesión ilegal de trabajadores, y ello principalmente porque:

A) El recurrente figuró en situación de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos desde el 1 de Enero de 1986 hasta el 31 de Enero de 1999. El 2 de Enero de aquél primer año había constituido una comunidad de bienes con Gerardo quien en esas fechas era titular en exclusiva de la distribución de productos de la marca Danone en la zona oriental de Asturias. Para el desarrollo de su actividad mercantil disponían de una nave almacén por ellos arrendada y de dos camiones frigoríficos de su propiedad. El 95% de los productos distribuidos eran de la precitada marca y el porcentaje restante de otras, tales como Reny Picot o Forlasa.

B) El 1 de febrero de 1999 el actor comienza a prestar servicios por cuenta de la empresa RG, Dis & Leader S.L. asumiendo la categoría profesional de conductor-repartidor. Dicha entidad, que había contratado con Danone S.A. los servicios de preventa y televenta de sus productos, facturaba quincenalmente a ésta las comisiones devengadas por las gestiones comerciales encomendadas, siendo la propietaria de los camiones frigoríficos de reparto de los productos, así como de la PDA de captura de pedidos que llevaban sus empleados (preventistas) y de los automóviles utilizados para los desplazamientos a centros comerciales y supermercados clientes de Danone S.A. donde realizaban funciones de preventa. Dichos vehículos van rotulados con el logo de Dis & Leader así como con el de Danone o de algún producto de ésta; del mismo modo los uniformes de los empleados de la primera, proporcionados y costeados por ella, llevan también ambos logos.

C) Dis & Leader abonaba a sus trabajadores las nóminas, pagaba los seguros sociales, combustibles y averías de vehículos, tramitaba sus altas y bajas así como las situaciones de incapacidad temporal, concedía vacaciones, descansos y permisos retribuidos, pudiendo además variar la ruta asignada a sus operarios si existían quejas de tiendas o destinatarios finales del producto. Dicha empresa asumía junto con otra el reparto de los pedidos de los productos de la marca Danone a las tiendas. Para ello acudían a las instalaciones de la entidad Salvesen Logística S.A. en Siero en donde cargaban tales pedidos.

D) El accionante desarrolló su cometido profesional como conductor-repartidor hasta el año 2005 y desde entonces asumió la realización de funciones de preventista. Éstas consisten sustancialmente en capturar en cada tienda los pedidos con la PDA, propiedad de Dis & Leader, utilizando un sistema o programa



informático, proporcionado por Danone, S.A. y común a nivel nacional, desde el que rebotan las capturas a la central de Barcelona que a su vez las remite a la entidad Salvesen Logística en Siero para su preparación y ulterior distribución. Los preventistas, que no asumen la gestión de cobros, siguen las rutas asignadas por su empleadora, apareciendo en su PDA los establecimientos clientes de Danone a los que han de visitar. Igualmente velan por la retirada de los expositores de los productos marca Danone caducados y por la correcta ejecución de las campañas de merchandising tendentes a potenciar la venta de productos de dicha marca. Disponen del teléfono del gestor comercial de Danone en Asturias y del de otros compañeros preventistas, manteniendo con ellos chats o comunicaciones individuales comentando incidencias.

Sentado lo que antecede y coincidiendo con la Magistrada a quo debe de negarse la concurrencia de los criterios generales reveladores del tráfico de empleados, encontrándonos con la realidad de una situación de descentralización o externalización de un servicio propio de la actividad de la entidad Danone S.A. que encuentra amparo legal en el artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores .

La comercial Dis & Leader S.L. no es por tanto una empresa ficticia o aparente ni carente de actividad y organización propias, antes al contrario, ejerce directamente una actividad empresarial y mercantil, cuenta con patrimonio, instrumentos, maquinaria, dirección y organización estables, que pone en juego, asume la eventual imputación de efectivas responsabilidades contractuales y mantiene a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección, conservando respecto a éstos "los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador" (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de Enero de 1991 , 31 de Enero de 1995 ó 25 de Octubre de 1999 , entre otras muchas).

TERCERO.- La segunda violación normativa esgrimida en el recurso se centra en los preceptos 53.4 y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 24 de la Constitución.

Es doctrina consolidada de nuestro Tribunal Constitucional la que postula, en relación con el ámbito procesal laboral, que en supuestos en los que se alega que una determinada actuación del empleador encubre en realidad una conducta lesiva de un derecho fundamental corresponde al autor de aquella soportar la carga de la prueba de que la medida adoptada obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio o vulnerador de tal derecho, doctrina del onus probandi especialmente reforzada en la modalidad procedimental en la que nos encontramos por imperativo de lo dispuesto en el artículo 105.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , al que expresamente remite su precepto 120; ahora bien para que opere el desplazamiento de la carga de la prueba a la empresa no basta simplemente con que el trabajador tilde el despido de lesivo de dicho derecho, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el empresario asume la carga de demostrar que los hechos motivadores de la decisión encuentran fundamento en una legítima causa y se presentan razonablemente como ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales.

Respecto de la violación de la denominada garantía de indemnidad que consagra el artículo 24.1 de la Constitución , derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 5/2003, de 20 de Enero , con cita en ella de otras muchas, afirma que "... no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. Por tal razón, hemos dicho que el derecho consagrado en el art. 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero , 54/1995, de 24 de febrero , 197/1998, de 13 de octubre , 140/1999, de 22 de julio , 101/2000, de 10 de abril , y 196/2000, de 24 de julio), de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental (SSTC 7/1993, de 18 de enero ; y las ya citadas 54/1995 ; 101/2000 y 196/2000), ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo (art. 4.2 g) del Estatuto de los Trabajadores ... ".

En el supuesto que nos ocupa la Magistrada a quo no aprecia la concurrencia de indicios racionales indicativos de actuación imputable a las empresas demandadas que comporte o implique lesión del derecho fundamental ya indicado, lo que impide que pueda operar la inversión o traslación de la referida carga probatoria. La Sala comparte plenamente tal conclusión, básicamente porque si bien es cierto que en fecha 11 de Noviembre de



2015 el actor presentó papeleta de conciliación en materia de cesión ilegal contra las empresas demandadas y posterior demanda, y el 27 de esos mes y año nueva conciliación frente a ellas en reclamación de cantidad, no lo es menos que tal proceder es interpretado por la Magistrada como mecanismo dirigido a "blindarse" ante la próxima pérdida de empleo intuida por aquél (la comunicación extintiva es del 18 de Diciembre de 2015), sabedor de que "ya se venía comentando la posibilidad de que Dis & Leader S.L. podía perder la preventiva" (párrafo segundo del Fundamento de Derecho Tercero). A ello se une la precipitada presentación de una reclamación de cantidad en la que no se concretan mínimamente de donde se extraen las diferencias retributivas peticionadas (mismo párrafo).

A falta de prueba en contrario y al margen de la calificación definitiva que pudiera merecer la decisión extintiva enjuiciada, procedencia o improcedencia, concurre una motivación objetiva y razonable excluyente y ajena al móvil o propósito atentatorio o lesivo del analizado derecho, dato este que viene a corroborar el hecho significativo de que no se ataca en el recurso la veracidad de la causa organizativa invocada por la empleadora en la comunicación escrita.

CUARTO.- Se denuncia finalmente la infracción de los preceptos 53.3 y 4 y 55.3 y 4 del Estatuto de los Trabajadores alegando que la existencia de un fenómeno de cesión ilegal y el hecho de ser Danone S.A el verdadero empleador del demandante justifican la calificación de improcedencia de su cese. El rechazo, ya motivado, de la primera de las censuras jurídicas esgrimidas en el recurso, relativa a tal fenómeno de prestamismo laboral, hace innecesario el examen de la tercera, subordinada al previo éxito de aquélla.

En atención a lo hasta aquí razonado el recurso no puede merecer favorable acogida debiendo ser mantenidos los pronunciamientos acogidos en la instancia.

Por cuanto antecede,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Jose Ignacio contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Oviedo de fecha 22 de Marzo de 2016, dictada en proceso por aquél promovido frente a FOGASA, DIS&LIDER SAL, DANONE y MINISTERIO FISCAL, seguido en materia de extinción de contrato de trabajo por causas objetivas (despido), confirmamos la Resolución recurrida.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercebimientos en él contenidos.

Tasas judiciales para recurrir

La tramitación del recurso de casación para unificación de doctrina no constituye hecho imponible, y por tanto no se requiere la liquidación de tasas (Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V 3674-23 de 26-12-2013).

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que**: fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Pelayo 4 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: **"37 Social Casación Ley 36-2011"**.

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.



De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se 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.

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ