



Roj: **STS 1179/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1179**

Id Cendoj: **28079140012014100119**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/02/2014**

Nº de Recurso: **108/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **GONZALO MOLINER TAMBORERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 9350/2012,**
STS 1179/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Febrero de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de Casación interpuesto por el Letrado D. Carlos Carreto Ribot, en nombre y representación de D. Bienvenido , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, de fecha 11 de octubre de 2012 , Núm. Procedimiento 4/12, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de D. Bienvenido en su calidad de representante legal de los trabajadores de la plantilla de la Estación de Servicio Repsol de Mairena del Aljarafe contra SODEOIL SLU, SOCIEDAD PARA EL DESARROLLO ECONOMICO DEL EMPLEO S.A. (SODEFESA), AYUNTAMIENTO DE MAIRENA DEL ALJARAFE, REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A. (REPSOL), CAMPSA ESTACIONES DE SERVICIOS S.A. (CAMPSARED), sobre Impugnación de Despido Colectivo.

Han comparecido en concepto de recurridos:

- CAMPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A., representada por el Letrado D. Daniel García Arrazuvi.
- REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., representado por el Letrado D. Alberto Novoa Mendoza.
- AYUNTAMIENTO DE MAIRENA DEL ALJARAFE, representado por el Letrado D. Javier Rodríguez Estacio.
- SODEOIL S.L.U., representada por el Letrado D. Enrique Cabral González-Sicilia.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Gonzalo Moliner Tamborero** ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de D. Bienvenido se presentó demanda de Impugnación de Despido Colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que "se declaren NULOS o subsidiariamente NO AJUSTADOS A DERECHO los despidos de todos los trabajadores afectados.."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 11 de octubre de 2012 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla , en la que consta el siguiente fallo: "Con desestimación de la



demanda promovida por Don Bienvenido en su calidad de representante legal de los trabajadores contra las empresas SODEOIL, S.L.U. y contra las empresas SOCIEDAD PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO DEL EMPLEO S.A. (SODEFESA); Excelentísimo AYUNTAMIENTO DE MAIRENA DEL ALJARAFE; REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A. (REPSOL) y CAMPSA ESTACIONES DE SERVICIOS S.A. (CAMPSARED) debemos declarar y declaramos ajustada a derecho la decisión extintiva de las relaciones laborales adoptadas por la empresa SODEOIL, S.L.U., absolviendo a todos los codemandados de las pretensiones deducidas contra las meritadas empresas."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:" PRIMERO.- En fecha 13.06.2012 se notificó al representante de los trabajadores Bienvenido que es Delegado de personal, escrito de la entidad Sodeoil, S.L.U., en el que se comunicaba el inicio de ERE que afectaba a toda la plantilla; a la vez, se ordenaba al encargado el cierre de la estación de servicio, poniendo a la plantilla de trabajadores en situación de permiso retribuido. El contenido del escrito es el siguiente: "Estimado señor Bienvenido : Mediante la presente le acompaño la documentación relativa al expediente de DESPIDO COLECTIVO de Sodeoil, S.L.U., con el contenido requerido por el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores (E.T.), que afectará a la totalidad de la actual plantilla de los trabajadores y cuya realización prevista se llevará a cabo dentro de los plazos legales. Igualmente me corresponde comunicarle que a partir del día de la fecha de comienzo el periodo de consultas previsto en el artículo 51.2 ET, a cuyo fin le convoco a una primera reunión que tendrá lugar en la sede social de esta mercantil en la tarde del día de hoy a las 17:30 horas, solicitándole que, si así lo estimará oportuno, nos remita próximamente el pertinente INFORME, según dispone al artículo 64.5 E.T. Por último, dada la imposibilidad de atender mínimamente el servicio de la gasolinera y la venta normal por la falta de producto que existe de manera consolidada, tal y como viene ocurriendo en las últimas semanas, por la presente se comunica la concesión de un periodo de permiso retribuido para toda la plantilla, desde esta misma fecha y hasta la correspondiente decisión definitiva. Su permiso retribuido comenzará el jueves 14 dada su condición de encargado y las instrucciones que debe cumplimentar previamente al inicio del citado permiso. Sin otro particular". A dicha comunicación se adjuntaba Memoria, informe de vida laboral de los trabajadores de Sodeoil SLU; relación y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido colectivo; relación y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año, acreditación de la condición del representante legal de los trabajadores; informe de auditoría de cuentas anuales de 2009, 2010 y 2011. Simultáneamente le fueron entregados al representante de los trabajadores dos escritos: En el primero se ordenaba en su calidad de encargado de la estación de servicio el cierre de la misma

con instrucciones al respecto a la vez que se le notifica que dada la imposibilidad de atender la venta por la falta de producto, se concedía un permiso retribuido para toda la plantilla indicándose que para este delegado comenzaba al día siguiente en 14.6.2012. "... hasta la correspondiente decisión definitiva". En el segundo, se le notificaba como encargado de la Estación de servicio a título individual la concesión de permiso retribuido con efecto para el encargado desde el día 14.06.2012. Al resto de la plantilla, se le efectuó la comunicación de permiso retribuido dada la imposibilidad de atender la venta por la falta de producto desde el 13.06.2012 y ello : "... hasta la correspondiente decisión definitiva"; SEGUNDO.- Con la misma fecha 13/6/2012, Bienvenido , envió comunicación a la empresa mediante la cual ponía en su conocimiento que dada la necesidad de estudio de la documentación recibida y de requerir asesoramiento, resultaba imposible que a las 17,30 de la tarde pudiera como representante legal de los trabajadores tener una reunión mínimamente productiva con los representantes de la empresa a los fines del artículo 51 de Estatuto de los Trabajadores . El meritado día y hora el meritado Señor Bienvenido no acudió a la reunión y tampoco envió informe que se le había solicitado y al que alude el artículo 64.5 de Estatuto de los Trabajadores . Con fecha 14/6/2012, el Señor Bienvenido , solicito documentación a la empresa necesaria para el análisis de la situación de la empresa, según documento que obra al folio 204 de las actuaciones. La empresa contestó que la documentación solicitada estaría a su disposición en la sede de la misma el día 19/06/12. Con fecha 15/6/2012, el Señor Bienvenido , como representante de los trabajadores, presentó escrito en la empresa SOCIEDAD PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO DEL EMPLEO S.A. (SODEFESA) el escrito que obra al folio 205 y siguientes de los autos, documento número 4 de la prueba de la parte actora; la empresa mencionada, mediante escrito de 19/6/2012 respondió en relación al subarriendo de la industria que pretendían, mediante escrito que obra en las actuaciones al folio 210, a cuyo contenido nos remitimos dándolo íntegramente por reproducido, escrito en el que, en esencia se decía que el Consejo de Administración de SODEFESA, carecía de facultades al respecto, por lo que deberían de dirigirse a la empresa SODEOIL, S.L.U. Con fecha 21/6/2012 por SODEOIL, S.L.U. se comunicó al actor que había tenido conocimiento de su escrito dirigido a SODEFESA y se le contestaba en los términos que figura en el escrito que obra al folio 211 de las actuaciones, a la vez que nuevamente se le convocaba a reunión el día 22/6/2012 al Señor Bienvenido , en su calidad de Delegado de Personal a la que tampoco acudió, ni remitió el informe al que se refiere el artículo 64.5 del Estatuto de los Trabajadores que la empresa le había solicitado.



Con fecha 27/6/2012 el Delegado de Personal, Señor Bienvenido envió a la empresa SODEOIL, S.L.U, escrito que obra al folio 212 y siguientes de los autos y cuyo contenido se da íntegramente por reproducido, mostrando su disconformidad con la decisión empresarial del despido colectivo. El mismo día 27/6/2012, por el Delegado de Personal por Señor Bienvenido , se presentó escrito en la empresa SODEOIL, S.L.U, con una oferta de subarriendo de la estación de servicio en los términos que consta en el documento que obra a los folios 224 y siguientes que damos por reproducido en aras de la brevedad, interesando destacar que en esencia se ofrecía que SODEOIL subarrendara la explotación de la estación de servicios a la empresa SABAN ASESORES Sl. Además en la meritada fecha el representante legal de los trabajadores solicitó verbalmente, ampliación en cinco días del periodo de consultas, lo que concedió la empresa, suscribiéndose el correspondiente documento. No consta alguna reunión del representante legal de los trabajadores con representantes de la empresa SODEOIL, S.L.U en este periodo de prorrogas. El día 3/7/2012, fecha en que finalizaba el periodo de consultas, no se había llegado a un acuerdo por lo que con fecha 4/7/2012 La dirección de SODEOIL, S.L.U comunicó a la autoridad laboral su decisión de proceder al despido de la totalidad de la plantilla de la empresa, e igualmente el 4 de julio de 2012, notificó al delegado de personal mediante escrito, la decisión unilateral de proceder al despido colectivo con efectos del 14 de julio 2012 de todos los trabajadores de la plantilla de la empresa y asimismo efectuó la comunicación a todos los trabajadores de forma individual. El texto de la carta de despido que se entregó al representante de los trabajadores y a los demás trabajadores de la plantilla es coincidente excepto en la cantidad ofrecida; la entregada al representante legal de los trabajadores, obra al folio 38 y siguiente de los autos, dándose aquí por reproducido su contenido; TERCERO.- Los trabajadores afectados son los siguientes:

- Bienvenido , con DNI. NUM000 , con número Seguridad Social NUM001 , delegado de personal; la cantidad que a este se ofrecía ascendió a 19.475,21 ?.
- Jose Pablo , con DNI. NUM002 y número de Seg. Social NUM003 ; la cantidad que a este se ofrecía ascendió a 12.233,12 ?.
- Alfredo con DNI. NUM004 y número de Seg. Social NUM005 ; la cantidad que a este se ofrecía ascendió a 14.537,12 ?.
- Diego con DNI. NUM006 y número de Seg. Social NUM007 ; la cantidad que a este se ofrecía ascendió a 10.954,58 ?.
- Íñigo con DNI. NUM008 y número de Seg. Social NUM009 ; la cantidad que a este se ofrecía ascendió a 10.823,54 ?.
- Roque con DNI. NUM010 y número de Seg. Social NUM011 ; la cantidad que a este se ofrecía ascendió a 6.613,38 ?.
- Paulina con DNI. NUM012 y número de Seg. Social NUM013 ; la cantidad que a este se ofrecía ascendió a 18.207,00 ?.

Además a la plantilla de la empresa perteneció Adolfinia con DNI. NUM014 y número de Seg. Social NUM015 que se encuentra en EXCEDENCIA VOLUNTARIA desde el día 30 DE MAYO DE 2012, excedencia que le fue reconocida por la empresa sin plazo de reingreso. La empresa también la despidió pero sin indemnización. Los trabajadores prestaban sus servicios para la empresa SODEOIL, S.L.U, empresa que los tenía en alta en seguridad social en la ESTACION DE SERVICIO de venta al menor de gasolina y derivados de petróleo situada en la finca registral nº 16674 inscrita en el Registro de la propiedad nº 7 de los de Sevilla, sección Mairena, libro 329, tomo 629; situada en Mairena del Aljarafe, provincia de Sevilla. La categoría y antigüedad y el salario diario a efectos de despido, que para cada uno de ellos pretende la empresa se concreta a continuación:

- Bienvenido , presta sus servicios desde 21/06/2000; con la categoría de Encargado, correspondiéndole un salario diario a efectos de despido por todos los conceptos que asciende a la cantidad de 96,38 euros/día.
- Jose Pablo , presta sus servicios desde 31/05/2002; con la categoría de Expendedor vendedor, correspondiéndole un salario diario a efectos de despido por todos los conceptos que asciende a la cantidad de 68,05 euros/día.
- Alfredo , presta sus servicios desde 21/06/2000; con la categoría de Expendedor vendedor, correspondiéndole un salario diario a efectos de despido por todos los conceptos que asciende a la cantidad de 70,14 euros/día.
- Diego presta sus servicios desde 03/06/2003; con la categoría de Expendedor vendedor, correspondiéndole un salario diario a efectos de despido por todos los conceptos que asciende a la cantidad de 67,73 euros/día.



- Íñigo presta sus servicios desde 14/06/2003; con la categoría de Expendedor vendedor, correspondiéndole un salario diario a efectos de despido por todos los conceptos que asciende a la cantidad de 68,79 euros/día.
- Roque presta sus servicios desde 01/01/2007; con la categoría de Expendedor vendedor, correspondiéndole un salario diario a efectos de despido por todos los conceptos que asciende a la cantidad de 67,42 euros/día.
- Adolfina presta sus servicios desde 04/01/2009; con la categoría de Expendedor vendedor, correspondiéndole un salario diario a efectos de despido por todos los conceptos que asciende a la cantidad de 55,62 euros/día.
- Paulina presta sus servicios desde 09/02/1998; con la categoría de Expendedor vendedor, correspondiéndole un salario diario a efectos de despido por todos los conceptos que asciende a la cantidad de 71,71 euros/día.

Es de hacer constar sin embargo, que a efectos de calculo de indemnización, la empresa que despidió a los trabajadores, tuvo en cuenta la categoría y la antigüedad antes apuntada en lo que por tanto no hay discusión; no así el salario, toda vez que la empresa tomó el que figura en las nominas de cada uno de los trabajadores afectados y que SODEOIL ha cifrado en las siguientes cantidades diarias: Bienvenido , 80,81 ? día; Jose Pablo 60,56 ? día; Alfredo 60,32 ? día; Diego 60,19 ? día; Íñigo 59,47 ? día; Roque 59,58 ? día; Adolfina 59,79 ? día y respecto de Paulina , no consta divergencia. Las indemnizaciones que se consignaron en las respectivas cartas de despido, no fueron abonadas al momento de ser despedidos los trabajadores, pero a todos ellos se les abonado la correspondiente indemnización que se les indicaba en la carta de despido a finales de Agosto de 2012; CUARTO.- La finca en la que se ubica LA ESTACION DE SERVICIOS en Mairena del Aljarafe, fue adquirida por el AYUNTAMIENTO DE MAIRENA DEL ALJARAFE por permuta a la mercantil REPSOL, segregándose de la finca matriz 1926; según consta al folio 83 vuelto del tomo 238 libro 36 del Registro de la Propiedad . Así resulta de la escritura otorgada el 31 de enero de 1996 ante el notario, según documentación registral que obra al folio 59 y siguientes de las actuaciones. En octubre de 1998 por el Pleno del Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe adoptó, entre otros, el acuerdo de la aprobación definitiva de la cesión del derecho de superficie de la finca antedicha a SODEFESA (servicios urbanos), dándose cuenta de la Propuesta de la Alcaldía relativa a la aprobación definitiva de la cesión del derecho de superficie de la finca 16.674 a favor de SODEFESA, propuesta que fue copiada textualmente en el Acta de dicho Pleno Ordinario. En dicha acta del Pleno Ordinario de 5 de octubre de 1998, después de la enumeración de hechos se expresa que en Acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de 7 de mayo de 1998 se aprobó por unanimidad la encomienda de gestión a favor de Sodefesa de: "... todas aquellas operaciones y actuaciones que sean necesarias para dismantelar la gasolinera actualmente existente en la avenida de San Juan de Aznalfarache y proceder a la instalación y gestión de servicios a ubicar en terrenos de servicios urbanos en la zona próxima que mejor convenga a los intereses municipales. Iniciar los trámites para la cesión del derecho de superficie por 27 años sobre la parcela municipal calificada de servicios urbanos para la instalación y explotación de estación de servicios previo pago de un canon correspondiente". En dicha acta del Pleno Ordinario de 5 de octubre de 1998, se autorizaba al Señor Alcalde para que suscribiera los documentos necesarios a fin de llevar a cabo los acuerdos anteriormente expuestos; y, se hacía mención, en primer lugar, al Pleno de la Corporación en sesión celebrada en 7 de mayo de 1998 donde se efectuaba la encomienda de gestión a favor de SODEFESA e iniciar los trámites para la cesión del derecho de superficie a dicha entidad por 27 años; en segundo lugar, al Pleno de la Corporación celebrado en 2 de junio de 1998, donde se adoptó por mayoría absoluta el acuerdo de cesión de derecho de superficie a de "la parcela 16.674 m2" (sic) en referencia a la finca urbana 16.674 en cuestión. En dicho Pleno del 2 de junio de 1998, tras la enumeración de hechos relativos a "la finca registral 6186" con fundamentación jurídica, entre otras, en el artículo 15.5 de la Ley 3 0/92 de 26 de noviembre sobre régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común , en el que se prevé, la posibilidad de la encomienda de gestión y en definitiva justificada en la necesidad de dicha encomienda a SODEFESA por ser una forma de gestión directa de los servicios públicos a través de un ente instrumental como es la sociedad mercantil del artículo 85 de la LBLR y artículo 103 del TRRL, y así mismo se justificó en base a la normativa administrativa y mercantil, la decisión de la cesión del derecho real de superficie a la entidad SODEFESA, por un plazo de 27 años, estableciéndose un canon anual de 2.359.944 pesetas. Por escritura de fecha 21-10-1998, con número de protocolo 2.811, en notaria de Mairena del Aljarafe, se elevó a público dicho acuerdo de cesión de derecho de superficie a favor de la entidad SODEFESA. La entidad SODEFESA se había constituido escritura publica de fecha 4/5/1988 cuya copia obra como documento 4 al ramo de prueba de la citada entidad, remitiéndonos a su contenido íntegramente, incluido en lo que se refiere a su amplio objeto social, lo que se recoge en el artículo 2 de sus estatutos sociales; QUINTO.- Según consta en la escritura publica antes referenciada de fecha 21-10-1998 el derecho de superficie cedido a SODEFESA sobre la totalidad de la parcela supone "el de construcción de una Estación de Servicios dotada de al menos tres isletas multiproductos, zona comercial y zona de lavado, siendo aproximadamente la superficie ocupada de 3.800 metros cuadrados, correspondiendo aproximadamente 150 metros cuadrados a edificio, 1.300 metros cuadrados aproximadamente de superficie para zona de lavado, y alrededor de 400 metros cuadrados de



superficie de marquesina, estimando el presupuesto de la obra en una cantidad de Ciento Sesenta millones de pesetas tal como consta en el certificado reseñado en la intervención de esta escritura al que me remito". El precio de esta concesión es de un canon anual de 2.359.044 Pts., y el plazo de concesión de dicho derecho de veintisiete años. En fecha 21 de diciembre de 1998 en reunión celebrada por el Consejo de Administración de SODEFESA se aprobó la cesión del derecho de superficie a la Entidad REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A. por un periodo de 25 años. Así mismo, en la misma reunión, se aprobó la creación y aprobación de estatutos de una sociedad limitada para la explotación de la estación de servicio con un capital social de 500.000 pesetas. En fecha 26 de enero de 1999 se establece un contrato privado de cesión del derecho de superficie entre REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA y SODEFESA. El meritado documento obra al folio 82 y siguientes de las actuaciones y a su contenido integro nos remitimos, siendo interesante resaltar que tras declarar en el expositivo que SODEFESA tiene un derecho de superficie sobre una parcela de terreno ubicada en Mairena del Aljarafe y que esta última está interesada en ceder su derecho a la entidad Repsol Comercial de Productos Petrolíferos se establecen en sus cláusulas, entre otras y siendo de interés resaltar, *que Repsol adquiere el derecho de superficie por 25 años y como contraprestación abona un canon único de 60 MILLONES DE PESETAS, comprometiéndose así mismo a llevar a cabo "la construcción de la E.S. cuyo presupuesto estimativo de obra se establece en 150 millones de pesetas, y así mismo REPSOL se reserva "LA FACULTAD DE CEDER LIBREMENTE EL DERECHO DE SUPERFICIE CONSTITUIDO A SU*

FAVOR, ASÍ COMO A ARRENDAR LAS INSTALACIONES O CEDERLAS A TERCEROS EN VIRTUD DE CUALQUIER OTRO TÍTULO". El contrato referenciado, llevaba dos anexos. El anexo I obra a los folios 90 y siguientes y a su contenido nos remitimos en aras de la brevedad, especialmente a la cláusula primera que bajo la denominación de objeto dice lo siguiente: "REPSOL COMERCIAL cede al COMISIONISTA, bajo la fórmula legal de Arrendamiento de Industria y Comisión Exclusiva de Venta, el uso y disfrute de los bienes de todo tipo que componen la E.S. mencionada en el Expositivo 1 anterior, junto con la explotación de la Industria o negocio en ella instalada, al objeto de que desarrolle en dicha E.S., actuando en nombre y por cuenta de REPSOL COMERCIAL, las actividades mercantiles de venta al público de los carburantes y combustibles líquidos que reciba en exclusiva de REPSOL COMERCIAL o de la firma o entidad que ésta designe.- "EL COMISIONISTA recibe y acepta, en este acto, el uso y disfrute de los locales, maquinarias, enseres, aparatos, mecanismos y demás elementos que componen la E.S. y que representan el soporte material indispensable para llevar a efecto las actividades mercantiles que constituyen la Industria o Negocio arrendado, conforme se detalla en el documento que figura como Anexo nº 1 al presente Contrato, comprometiéndose a no utilizar dichos bienes para fines distintos de los que acaban de mencionarse.- Es causa esencial del presente contrato la comercialización en exclusiva por REPSOL COMERCIAL de la totalidad de los carburantes y combustibles líquidos que se expendan en la E.S. objeto del mismo. El arrendamiento de la E.S. constituye un elemento accesorio de la relación de comisión exclusiva". El anexo II a dicho contrato, obra a los folios 87, 88 y 89 de las actuaciones y también nos remitimos íntegramente a su contenido, interesando destacar que SODEFESA, se compromete a adquirir una parcela cuyos datos registrales son: finca 14897 folio 96 libro 262 de Mairena que es propiedad de REPSOL y esta EMPRESA se compromete a "desmantelar la U.S. 3381 sita en el término municipal, una vez se encuentre finalizada y se inicie la actividad en la nueva E.S. a construir en la carretera SE-614 PK 2.4 de ese término municipal". Consta así mismo en la cláusula tercera de este anexo II que el canon superficiario de 2.359.944 pesetas anuales a pagar al Ayuntamiento según escrituras de fecha 21.10.98 de derecho de superficie sobre los terrenos objeto del presente contrato otorgado por el Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe a favor de SODEFESA será pagado por SODEFESA recogiendo en el meritada cláusula que "en caso de que SODEFESA incumpliere su obligación de abono del canon al Ayuntamiento de Mairena REPSOL podrá disponer de forma automática y por todo el plazo restante de la duración del contrato de explotación de la estación de servicio sin necesidad de abonar a SODEFESA cantidad alguna. Y en todo caso Repsol Comercial abonará al Ayuntamiento de Mairena la cantidad estipulada en la citada escritura de 21.10.98". En la cláusula ADICIONAL CUARTA se establece que el precio por arrendamiento o canon a abonar por SODEFESA a REPSOL de Productos Petrolíferos SA "será la cantidad de 1.235.730 pesetas / mes pagadera durante los primeros 15 años, contados a partir del momento de puesta en marcha de la E.S. a la que se refiere el presente contrato. Dicha cantidad se pagará con carácter mensual. A partir del año 16 el canon a abonar por el arrendatario será de 10.000 pesetas / mes fijar manteniéndose el resto de las condiciones". Se establece así mismo que si SODEFESA incumpliere la obligación de la cantidad indicada por dos plazos, sin ser necesariamente consecutivos, REPSOL COMERCIAL podrá disponer de forma automática y por todo el plazo restante de la duración del presente contrato de la explotación de la estación de servicio a la que este contrato se refiere sin necesidad de abonar a SODEFESA cantidad adicional alguna y sin que SODEFESA pueda oponerse ni efectuar ninguna reclamación. En la cláusula adicional quinta se establece que REPSOL COMERCIAL abonará a SODEFESA un rappel de 1,25 pesetas / litro de carburante y combustibles líquidos suministrados a la E.S. Dicho pago se efectuará trimestralmente y estará supeditado al pago del canon que tiene que abonar SODEFESA según se describe en la cláusula anterior, existiendo por lo tanto la obligación de Repsol Comercial del abono



del rappel únicamente en el supuesto de que SODEFESA no incumpla con el canon antes citado. Con fecha 4/3/1999, se otorgo escritura publica, elevándose a públicos los acuerdos privados antedichos, obrando copia de la escritura a los folios 72 y siguientes de los autos a los que nos remitimos en lo que a contenido se refiere.

SEXTO.- En 19 de abril de 1999 se constituye la sociedad SODEOIL SOCIEDAD LIMITADA UNIPERSONAL en escritura publica, perteneciendo el 100% de la acciones de esta mercantil a la mercantil SOCIEDAD PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO DEL EMPLEO S.A. (SODEFESA). Dicha empresa tiene como actividad económica, la gestión y explotación de estación de servicio. En reunión celebrada el 28 de abril del 2000 por el Consejo de Administración de SODEOIL se facultó a un miembro para la firma del contrato de comisión de exclusiva y arrendamiento de la estación de servicio con Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. Así mismo se faculta a un miembro del consejo de administración para la firma de un contrato de franquicia de Tienda Sprint Red. Igualmente a un miembro del consejo para la firma de un aval bancario suscrito con la entidad La Caixa por valor de 10 millones de pesetas. El 15 de mayo de 2000 se suscribe un contrato de comisión en exclusiva para la venta de combustible y carburante y arrendamiento de ESTACION DE SERVICIO entre REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS y SODEOIL. El documento figura unido a la demanda como documento siete y a su contenido integro nos remitimos. También en este caso, se suscribieron dos anexos que obran a los folios 126 y siguientes de las actuaciones remitiéndonos íntegramente a su contenido. Además interesa destacar que una vez que la estación de servicios comenzó a ser explotada por SODEOIL, lo que ocurrió una vez suscrito el contrato anteriormente referenciado, por el pleno del Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe de fecha 19/12/2001 se acordó lo siguiente: "3º. APROBACIÓN DE CONVENIO CON SODEFESA Y SODEOIL S.L., PARA LA REVISIÓN DEL CANON ANUAL POR CESION DE DERECHO DE SUPERFICIE DE LA PARCELA REGISTRAL 16.674 (GASOLINERA)".- En dicho pleno se aprobó el contrato sin fecha y rubricado por el Secretario General de un acuerdo celebrado entre el Alcalde Presidente del Excelentísimo Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe, Sodefesa y Sodeoil S.L., por el que se acuerda que, tras la entrada en funcionamiento de la ESTACION DE SERVICIO y al prever una considerable cifra de negocio y de volumen de futuros ingresos, revisar el canon de Sodeoil S.L., debe abonar a el Excelentísimo Ayuntamiento de Mairena, fijándose su cuantía en DIECIOCHO MILLONES DE PESETAS ANUALES, (en la actualidad se abona un canon por importe de 108.182 euros anuales).- Estableciéndose así mismo que dicho canon: "será revisable en función de las circunstancias objetivas que puedan condicionar los resultados de la gestión de la estación de servicio, en todo caso se garantizará el equilibrio financiero de las partes y la viabilidad económica de la empresa". Las relaciones laborales de la empresa SODEOIL, S.L.U con sus trabajadores, se rigen por C. Colectivo propio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla de fecha 8/9/2007 que actualmente se encuentra en vigor por tacita prorroga al no haber sido denunciado por ninguna de las partes a su vencimiento previsto en su artículo 4 para el 31/12/2007, norma esta que también preveía la prorroga a falta de denuncia antes del vencimiento;

SÉPTIMO.- En fecha que no consta se suscribió además un contrato de franquicia con la entidad CAMPSA Estaciones de Servicio S.A. (CAMPSARED) como franquiciador cuyo anexo 1 obra al folio 135 a cuyo contenido nos remitimos. No consta el contenido del contrato que no se ha aportado a las actuaciones;

OCTAVO.- La situación económica de la empresa con referencia a las anualidades 2009, 2010 y 2011 y hasta el 31 de marzo de 2012 es el que refleja el informe de auditoria aportado como prueba al acto de juicio por la empresa SODEOIL que no ha sido cuestionado por la actora salvo las siete ultimas paginas que figuran en el cuadernillo correspondiente a las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011. la situación puede resumirse como sigue: - El Importe Neto de la Cifra de Negocios, se ha producido una reducción acumulada en los tres últimos ejercicios del 16,33%, reduciéndose en 2011 un 7,69% en con respecto al 2010. Los gastos en personal, es la partida mas importante en los gastos de explotación de la empresa que en el ejercicio 2011, han llegado a suponer un 36,86% en relación con las ventas de la sociedad, incrementándose esta proporción notablemente respecto de años anteriores en que suponían un 34%. En superior proporción se han incrementado otros gastos de explotación que suponen el 34/96 % en el año 2011, cuando en el año 2009, suponían el 28% en relación con las ventas. Como se desprende de los datos contables del informe de auditoria, las deudas a corto plazo de la sociedad se han incrementado en un 70,97% en los tres últimos años, presentando un pasivo corriente en el año 2011 de 697.407,00 €. Siendo los principales acreedores de la mercantil, a fecha de 31 de mayo de 2012, Repsol (341.857,23 euros) y Sodefesa (321.896,67 euros) con quien tiene pendiente el pago de un préstamo participativo concedido en el 2008 por 120.000 euros, más los intereses devengados. En virtud de tal préstamo participativo, aumentó el patrimonio neto de Sodeoil S.l.u. Es deudora de la meritada sociedad el Ayuntamiento de Mairena por impago de combustible, si bien la cantidad no se concreta. El resultado económico de la empresa durante los tres últimos ejercicios es negativo, incrementándose las perdidas obtenidas, lo que le ha llevado a unos fondos propios negativos. Los resultados económicos de los ejercicios 2009, 2010 y 2011, todos negativos son los siguientes :-18.480,00; -49.919,00 y - 96.085,00 euros respectivamente. El capital social neto de la sociedad es también negativo, de manera que a la fecha de los despidos, se encontraba la empresa en una situación de absoluta falta de liquidez y Tesorería, con perdidas contables acumulados en los últimos tres años;

NOVENO.- No consta la situación económica de SODEFESA;

DECIMO.- Después de presentada la demanda, con fecha 1/8/2012 se suscribió contrato de subarrendamiento de industria entre los



representantes de CAMPSA Estaciones de Servicio S.A. (CAMPSARED) y REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTO PETROLIFEROS S.A. y SODEOIL, S.L.U por el cual CAMPSARED subarrienda a REPSOL la industria con todo tipo de bienes y servicios que integran la estación de servicios que previamente había arrendado REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTO PETROLIFEROS S.A a SODEOIL, S.L.U., empresa esta que presto su consentimiento expreso para llevar a cabo el subarriendo. El contenido de dicho contrato obra a las actuaciones a los folios 359 y siguientes que se dan por íntegramente reproducidos; DECIMO-PRIMERO.- La meritada entidad CAMPSARED, comenzó la explotación de la Estación de Servicio el día 14/8/2012. Prestan servicios en la citada explotación seis trabajadores, una de las cuales es DOÑA Paulina que formaba parte de los trabajadores afectados por el despido colectivo objeto de impugnación a través de la demanda que da origen a estas actuaciones. La meritada trabajadora, una vez presentada esta demanda llegó a un acuerdo extrajudicial con la empresa SODEOIL para extinguir su relación laboral y ha comenzado a prestar servicios para CAMPSARED que le ha respetado su antigüedad. También ha sido contratado otro trabajador de la empresa SODEOIL que fue despedido, junto con otros dos en el mes de marzo, antes de haberse producido el despido colectivo que nos ocupa, alegándose por parte de la empresa causas económicas. A este trabajador no se le ha respetado la antigüedad."

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de D. Bienvenido , siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por las partes personadas y evacuado el traslado conferido por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar "la ESTIMACION del recurso y que se declare la NULIDAD del despido colectivo y la responsabilidad solidaria de las codemandadas SOFEMESA, CAMPSA Y REPSOL", e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 22 de enero de 2014, acto que fue suspendido señalándose nuevamente para el día 12 de febrero de 2014. En dicho acto, la Magistrada Ponente Excm. Sra. D^a Rosa María Virolés Piñol señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Gonzalo Moliner Tamborero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por la representación legal de los trabajadores se presentó demanda, en impugnación de despido colectivo de la totalidad de la plantilla de la empresa SODEOIL, SLU. La demanda se dirige solidariamente frente a SODEOIL, SLU, SOCIEDAD PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO DEL EMPLEO SA (SODEFESA), AYUNTAMIENTO DE MAIRENA DEL ALJARAFE, RESPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA (REPSOL) y CAMPSA ESTACIONES DE SERVICIOS SA (CAMPSARED), solicitando se declaren nulos o no ajustados a derecho los despidos efectuados con las consecuencias legales inherentes.

Considera la parte demandante que no concurren las causas legales para el despido colectivo (art. 51.1 ET), y aún admitiendo la dificultad económica en la empresa SODEOIL, ésta sería producto de una maniobra fraudulenta entre todos los codemandados. Además, considera que no se ha negociado de buena fe pues todas las codemandadas están implicadas en la explotación de la estación de servicio y no han intervenido en el periodo de consultas. La argumentación se centra en la existencia de un entramado empresarial, que han actuado en connivencia y de forma fraudulenta para burlar los derechos de los trabajadores que establece el art. 44 ET .

2.- La sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede Sevilla- el 11 de octubre de 2012 (Autos 4/2012), desestima la demanda en su integridad.

Son de interés para la resolución del presente recurso de casación, los siguientes hechos probados:

A.- En fecha 13.06.2012 se notificó al representante de los trabajadores -Delegado de Personal-, escrito de SODEOIL SLU en el que se comunicaba el inicio del periodo de consultas del ERE que afectaba a toda la plantilla; a la vez, se ordenaba al encargado el cierre de la estación de servicio, poniendo a la plantilla de trabajadores en situación de permiso retribuido desde esa misma fecha y hasta la resolución definitiva, dada la imposibilidad de atender el servicio y la gasolinera y la venta normal por la falta de producto.

B.- Finalizado el periodo de consultas, sin acuerdo, con fecha 4/7/2012, la dirección de la empresa SODEOIL, comunicó a la Autoridad Laboral su decisión de proceder al despido de la totalidad de la plantilla de la empresa, e igualmente notificó al delegado dicha decisión con efectos del 14 de julio de 2012 y asimismo efectuó la comunicación a todos los trabajadores de forma individual. Es de destacar que, previamente, el delegado de personal presentó oferta de subarriendo de la estación de servicio a favor de la empresa SABAN ASESORES SL.



C.- Los trabajadores prestaban sus servicios para la empresa SODEOIL, en la estación de servicio de venta al por menor de gasolina y derivados de petróleo situada en Mairena del Aljarafe, provincia de Sevilla (finca registralnº 16674).

D.- La finca fue adquirida por el AYUNTAMIENTO DE MAIRENA DEL ALJARAFE, el 31/1/1996, por permuta a la mercantil REPSOL , segregándose de la matriz 1926.

E.- En octubre de 1998, el Pleno del Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe adoptó, entre otros, el acuerdo e la aprobación definitiva de la cesión del derecho de superficie de la referida finca SODEFESA (Servicios Urbanos). El derecho de superficie cedido supone "el de construcción de una Estación de Servicios dotada de al menos tres isletas multiproductos, zona comercial y zona de lavado, siendo aproximadamente la superficie ocupada de 3.800 metros cuadrados, correspondiendo aproximadamente 150 metros cuadrados a edificio, 1300 metros cuadrados aproximadamente de superficie para zona de lavado, y alrededor de 400 metros cuadrados de superficie de marquesina, estimando el presupuesto de la obra en una cantidad de Ciento sesenta millones de pesetas tal como consta en el certificado reseñado en la intervención de esta escritura al que me remito". El precio de esta concesión es de un canon anual de 2.359.044 Pts., y el plazo de concesión de dicho derecho de veintisiete años.

F.- En fecha 21 de diciembre de 1998 en reunión celebrada por el Consejo de Administración de SODEFESA se aprobó la cesión del derecho de superficie a la entidad REPSOL por un periodo de 25 años. En fecha 26 de enero de 1999 se establece un contrato privado de cesión del derecho de superficie entre REPSOL y SODEFESA y en el que se establece *"que Repsol adquiere el derecho de superficie por 25 años y como contraprestación abona un canon único de 60 MILLONES DE PESETAS, comprometiéndose así mismo a llevar a cabo "la construcción de la E.S. cuyo presupuesto estimativo de obra se establece en 150 millones de pesetas, y así mismo REPSOL se reserva "LA FACULTAD DE CEDER LIBREMENTE EL DERECHO DE SUPERFICIE CONSTITUIDO A SU FAVOR, ASÍ COMO A ARRENDAR LAS INSTALACIONES O CEDERLAS A TERCEROS EN VIRTUD DE CUALQUIER OTRO TÍTULO". Asimismo, se pactó el precio y las condiciones de pago por arrendamiento o canon mensual a abonar por el arrendatario.*

G.- El 19 de abril de 1999 se constituye la sociedad SODEOIL SOCIEDAD LIMITADA UNIPERSONAL, perteneciendo el 100% de las acciones de esta mercantil a SODEFESA. Dicha empresa tiene como actividad económica, la gestión y explotación de estación de servicio.

H.- El 15 de mayo de 2000 se suscribe un contrato de comisión en exclusiva para la venta de combustible y carburante y arrendamiento de ESTACIÓN DE SERVICIO entre REPSOL y SODEOIL. Paralelamente se suscribió un Acuerdo en fecha 19/12/01, entre otras dos mercantiles y el Ayuntamiento para la revisión del canon anual por cesión (HP 6º).

I.- En fecha que no consta, se suscribió además un contrato de franquicia por Sodeoil con la entidad CAMPSA Estaciones de Servicio SA (CAMPSARED) como franquiciador de tienda.

J.- La situación económica de la empresa SODEOIL con referencia a las anualidades 2009, 2010 y 2011 y hasta el 31 de marzo de 2012 se refleja en el HP 8º, en el que es de destacar que en el Importe Neto de la Cifra de Negocios, se ha producido una reducción acumulada en los tres últimos ejercicios del 16,33%, reduciéndose en 2011 un 7,69% con respecto al 2010.

K.- Después de presentada la demanda, con fecha 1/8/2012 se suscribió contrato de subarrendamiento de industria entre los representantes de CAMPSARED, REPSOL y SODEOIL por el cual CAMPSARED subarrienda la industria con todo tipo de bienes y servicios que integran la estación de servicios junto con la explotación de industrias o negocios en ella instalados que previamente había arrendado REPSOL a SODEOIL SLU, empresa esta que prestó su consentimiento expreso para llevar a cabo el subarriendo.

L.- La entidad CAMPSARED comenzó la explotación de la Estación de Servicio el 14/8/2012. Prestan servicios en la citada explotación seis trabajadores, una de los cuales es la Sra. Paulina que formaba parte de los trabajadores afectados por el despido colectivo objeto de impugnación a través de la demanda que da origen a estas actuaciones.

La sentencia recurrida argumenta:

La desestimación de las excepciones de falta de acción y/o falta de legitimación activa de la trabajadora Sra. Paulina porque ha llegado a un acuerdo extrajudicial con al empresa SODEOIL para extinguir su relación laboral y ha comenzado a prestar servicios para CAMPSARED.

Que no existe entramado societario ni fraude en la actuación de las codemandadas que permita extender la responsabilidad solidaria a todas ellas: Ninguna responsabilidad puede imputarse al AYUNTAMIENTO DE MAIRENA DEL ALJARAFE, pues se ha limitado a ceder el derecho de superficie sobre una parcela de su



propiedad a SODEFESA. Respecto a REPSOL, nunca ha sido empleadora de los trabajadores que han prestado servicios en la estación de servicios construida en la parcela cuyo derecho de superficie fue cedido inicialmente a SODEFESA y luego por ésta a Repsol que lo adquirió por 25 años comprometiéndose a abonar un canon y a la construcción de una gasolinera. Una vez edificada arrendó la industria primero a SODEOIL y después a CAMPSARED; Repsol no ha participado en la actividad propia de la empleadora de los trabajadores despedidos ni revirtió a ella la explotación una vez SODEOIL cerró. Respecto a SODEFESA y SODEOIL tienen personalidades jurídicas diferenciadas, es distinto su objeto social, mucho más amplio el de la primera y las actividades económicas desarrolladas por cada una de ellas es distinta, no coincidiendo tampoco las plantillas laborales que no se confunden. Respecto de CAMPSA tampoco entiende exista responsabilidad, pues su presencia es meramente mercantil en la estación de servicios, limitándose a ser franquiciador de determinados productos que se vendían en exclusiva en la tienda de conveniencia de la estación de servicios, y sin que se haya acreditado ninguna vinculación con las relaciones que se despliegan en el ámbito laboral. Concluye que la única responsable de los efectos del despido, es la empresa SODEOIL SLU que los despidió y respecto de la cual únicamente es exigible el cumplimiento del requisito que para los despidos colectivos establece el art. 51.2 ET .

En cuando al fondo del asunto -despido colectivo por causas técnicas, organizativas y económicas-, estima que se han acreditado las causas económicas y que la medida resulta ajustada a derecho. Respecto a la posible sucesión de empresas entre CAMPSARED que explota la estación de servicio desde el día 14/08/2008, en virtud de contrato de subarriendo entre CAMPSARED, REPSOL y SODEOIL y la empresa SODEOIL SLU, es rechazada por la sentencia porque cuando " CAMPSARED comienza a explotar el negocio de la estación de servicio que antes explotaba SODEOIL SLU, esta se encontraba cerrada y sin actividad desde hacía un mes, exactamente desde el día que los trabajadores fueron despedidos, de manera que no continúa la actividad de quien antes explotaba la estación de servicio, sino que la inicia de nuevo con nuevos trabajadores...".

3.- Por la parte demandante se interpone Recurso de Casación, en el que al amparo del art. 207 d) de la LRJS interesa la revisión del relato fáctico de instancia en los términos que oportunamente se dirán, y al amparo del art. 207 e) de la LRJS denuncia la infracción del art. 44 ET por entender que se ha producido una sucesión de empresas, y consecuentemente de los arts. 51 en relación con el 53.4 ET , para interesar la nulidad de la decisión adoptada.

El recurso es impugnado por CAMPSA ESTACIONES DE SERVICIO S.A. y por REPSOL, que interesan la desestimación del recurso y estiman correcta la solución de instancia.

El Ministerio Fiscal emite informe en el que interesa la estimación del Recurso y que se declare la nulidad del despido colectivo, así como la responsabilidad de las codemandadas SOFEMESA, CAPSA y REPSOL.

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del art. 207 d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , interesa la parte recurrente la revisión del relato fáctico de instancia en el siguiente sentido:

1º.- Para que se incluya un nuevo hecho probado con la siguiente redacción:

"El 20 de marzo de 2012 Sodeoil, SLU comunica al delegado de personal la transmisión de la titularidad de la Empresa a Campsared y Repsol a partir del 12 de abril de 2012, todo ello en base al art. 44 del ET , mediante un negocio de SUBARRIENDO DE INDUSTRIA entre ambas entidades y REPSOL, en virtud del cual, la Estación de Servicio de Mairena de Aljarafe que explotaba SODEOIL sería subarrendada por esta a CAMPSARED como nueva explotadora de la misma".

En apoyo de su pretensión designa la comunicación emitida por SODEOIL (folios 156 a 159), el Informe de Situación Económico Financiero (folios 141 a 147), el informe de la ITSS al ERE (folio 396) entre otros.

2º.- Se adicione un nuevo hecho probado con la siguiente redacción:

"Consta a los folio 359 al 372, "CONTRATO DE SUBARRENDAMIENTO" de 1 de Agosto 2012 entre los codemandados CAMPSARED, SODEOIL SLU y REPSOL, por el que SODEOIL bajo la fórmula legal de subarrendamiento de Industria cede a CAMPSARED el uso y disfrute de los bienes de todo tipo que componen la Estación de Servicio (cláusula primera de dicho contrato) por duración hasta el 14 de junio de 2024 (cláusula segunda de dicho contrato) percibiendo SODEOIL como subarrendatario las correspondientes renta periódicas más una prima inicial de 180.000,00 euros más IVA (cláusula tercera del contrato), indicándose en la Cláusula SÉPTIMA: LABORAL (folio 362) que la plantilla de la Estación de Servicio objeto de este contrato es de 1 empleado y, en el Anexo II (folio 366) de dicho contrato, se identifica al empleado en la persona de Doña Paulina " .

Se designan los documentos citados aportados por CAMPSARED a los autos.

3º.- Se adicione un nuevo hecho probado con la siguiente redacción:



"Que la trabajadora Doña Paulina con antigüedad de 09/02/1998 -Hecho probado Tercero página 11 in fine de la Sentencia- SODEOIL SLU le cuantificó una indemnización de 18.207,00 ? por su cese por el ERE -Hecho Probado Tercero página 9 de la Sentencia-, indemnización que no le ha sido abonada ya que tan solo se le abonó la suma de 2.512,96 euros -folio 1005- que coincide exactamente con el importe y conceptos detallados en el documento de fecha 9 de Agosto de 2012, firmado por Dña. Paulina y el representante de SODEOIL -folio 718 y 719, del ramo de prueba de Campsared y 1002 y 1003 del ramo de Prueba de Sodeoil- siendo estos conceptos según se detallan en el mismo: salario del 1 al 14 de julio, parte proporcional de las tres pagas extras y parte proporcional de las vacaciones devengadas y no disfrutadas - condición Segunda dedicho documento- y, asimismo, en la condición Tercera de dicho documento dicha trabajadora declara expresamente que con el percibo de dicha suma se encontraba saldada y finiquitada por todo concepto no teniendo nada más que reclamar".

4º.- Que en el hecho probado tercero, inciso final del último párrafo se haga constar:

"excepto a la trabajadora Paulina".

5º.- Que se incluya un nuevo hecho probado con la siguiente redacción:

"Que el CONTRATO DE SUBARRENDAMIENTO de 1 de Agosto 2012, concertado entre SODEOIL SLU; CAMPSARED y REPSOL, que obra a los folios 359 al 372, es del mismo tenor negocial que el que obra unido a los folios 267 al 273 de las actuaciones, al ser al que se hace referencia en el párrafo segundo de la comunicación de transmisión de la titularidad de la empresa de 26 de marzo de 2012 -folio 156-, en el que se comunica al delegado de personal que la transmisión de la titularidad de la Empresa lo sería a partir del 12 de abril de 2012".

Designa la documental que refiere en el redactado.

6º.- Interesa la modificación del hecho probado décimo a partir de la línea 6, en el siguiente sentido:

"... por lo cual SODEOIL, SLU cede a CAMPSARED bajo la fórmula legal de SUBARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA el uso y disfrute de los bienes de todo tipo que componen la estación de servicio junto con la explotación de las industrias o negocios en ellas instalados al objeto de que el subarrendatario (CAMPSARED) desarrolle las actividades mercantiles propias de dicha industria y muy en especial la actividad mercantil de venta al público de carburante líquido y lubricantes; derecho que ostentaba SODEOIL, SLU en virtud del contrato suscrito el 15 de Mayo de 2000 con REPSOL de comisión en exclusiva para la venta de combustibles y carburantes y arrendamiento de la Estación de Servicio".

En apoyo de su pretensión designa el documento obrante a los folios 359 a 372, consistente en el contrato a que se refiere el redactado.

2.- Conforme a constante doctrina de esta Sala IV del Tribunal Supremo, la revisión de los hechos declarados probados exige la concurrencia de los siguientes requisitos: 1º.- Que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis. 2º.- Que se citen concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara. 3º.- Que se precisen los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento; y 4º.- Que tal variación tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS/IV, entre las más recientes de 14-mayo-2013 (rec. 285/2011) y 17-enero-2011 (rec. 75/2010).

Partiendo de ello, el motivo de revisión fáctica ha de estimarse, como propone el Ministerio Fiscal, por resultar de los documentos designados, que no fueron tenidos en consideración por la sentencia de instancia, y resultar trascendentes para la resolución del presente recurso de casación, sin que se evidencie la contradicción denunciada por los impugnantes del recurso en relación con el HP 8º.

TERCERO.- 1.- Al amparo del art. 207 e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se denuncia por la parte recurrente la infracción por inaplicación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, así como la infracción por indebida aplicación del art. 51 en relación con el art. 53.4 párrafo 3 del Estatuto de los Trabajadores, y de la jurisprudencia que los interpreta.

Entiende la parte recurrente que se dan todos los requisitos para apreciar la existencia de una sucesión de empresa, puesto que la estación de servicio es un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica y que se ha transmitido de una entidad a otra. Consecuencia de ello y de la existencia de un acreditado entramado empresarial, sería la nulidad de la decisión adoptada.

Como señala nuestra STS/IV de 28-abril-2009 (rcud. 4614/2007), entre otras: "[la sucesión de empresa, regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, impone al empresario que pasa a ser nuevo titular de la empresa, el centro de trabajo o una unidad productiva autónoma de la misma, la subrogación en los derechos laborales y de Seguridad Social que tenía el anterior titular con sus trabajadores, subrogación que opera "ope



legis" sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes, sin perjuicio de las responsabilidades que para cedente y cesionario establece el apartado 3 del precitado artículo 44.

2.-La interpretación de la norma ha de realizarse, tal como retiradamente ha venido señalando la jurisprudencia de esta Sala, a la luz de la normativa Comunitaria Europea -Directiva 77/187 CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de empresas o de centros de actividad, sustituida por la Directiva 98/50 CE de 29 de junio de 1998 y por la actualmente vigente Directiva 2001/23 CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001- y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La sentencia de 12 de diciembre de 2002, recurso 764/02, con cita de la de 1 de diciembre de 1999 establece lo siguiente: *"El supuesto de hecho del art. 44 del E.T., al que se anuda la consecuencia jurídica de la sucesión o subrogación de un nuevo empleador en la posición del anterior empresario, presenta una cierta complejidad. La ley española lo describe en términos genéricos como "cambio de titularidad" de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma". Dejando a un lado el caso especial de sucesión en la empresa "mortis causa" a que se refiere el art. 49.1 g. del ET., los acontecimientos constitutivos del cambio de titularidad de la empresa o de alguno de sus elementos dotado de autonomía productiva, han de ser, siguiendo la formulación de la propia ley española, actos "inter vivos" determinantes de una "transmisión" del objeto sobre el que versa (la "empresa" en su conjunto, un "centro de trabajo", o una "unidad productiva autónoma") por parte de un sujeto "cedente", que es el empresario anterior, a un sujeto "cesionario", que es el empresario sucesor.*

La Directiva 98/59 CE, de 29 de junio de 1.998, ha aclarado este concepto genérico de transmisión o traspaso de empresa, a través de una serie de precisiones sobre el significado de la normativa comunitaria en la materia. Esta aclaración se efectúa, según puntualiza el preámbulo de dicha disposición de la CE, "a la luz de la jurisprudencia" del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. La exposición de motivos de la propia Directiva 98/50 se encarga de señalar a continuación, que la aclaración efectuada "no supone una modificación del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE de acuerdo con la interpretación del Tribunal".

Una primera precisión sobre el concepto de transmisión o traspaso de empresa del nuevo art. 1 de la Directiva Comunitaria se refiere a los actos de transmisión de empresa comprendidos en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria, que pueden ser una "cesión contractual" o una "fusión" (art. 1.a.). Una segunda precisión versa sobre el objeto de la transmisión en dichos actos de transmisión o traspaso, que comprende en principio cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiéndose por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria" (ar. 1.b). Una tercera precisión del concepto de transmisión de empresa en el Derecho Comunitario, que no viene al presente caso, trata de las modalidades de su aplicación en las empresas y Administraciones Públicas (art. 1.c.)".

La normativa Comunitaria alude a "traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad" (artículo 1.a) de la Directiva 2001/23/CEE, del Consejo de 12 de marzo de 2001), en tanto el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a "cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma", utilizándose en el apartado 2 de dicho artículo 44 la expresión "transmisión", procediendo a establecer en que supuestos se considera que existe sucesión de empresa de forma similar a la regulación contenida en el artículo 1 b) de la Directiva. En efecto, a tenor del precepto, se considera que existe sucesión de empresa, cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria (art. 1 b de la Directiva).

El elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos ahora examinados, consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986, Spijkens, 24/85 ; de 11 de marzo de 1997, Süzen, C-13/95; de 20 de noviembre de 2003, Abler y otros, -340/01 y de 15 de diciembre de 2005, Guney-Gorres, C.232/04 y 233/04). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (sentencia de 19 de septiembre de 1995, Rygaard, C-4888/94), infiriéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Süzen y Abler y otros, antes citadas).

Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos



inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y de la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (asunto Süzen antes citado).]"

En todo caso (STS/IV 10-mayo-2013, rcud. 683/2012 , entre otras), hay que tener presente que el elemento característico de la sucesión de empresa es la transmisión " *de una persona a otra*" de " *la titularidad de una empresa o centro de trabajo*" , entendiéndose por tal " *una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente* ". El mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida "continúe efectivamente" o que luego "se reanude".

3.- De la doctrina contenida en las sentencias citadas se desprende que en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continua con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario. Por contra, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión de empresa si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad.

En el supuesto ahora examinado, debe ponerse de relieve que la actividad a la que se dedica la empresa es la de Estación de Servicio de venta al por menor de gasolina y derivados del petróleo, actividad que, aún teniendo en cuenta la relevancia que en toda actividad reviste el elemento personal, no descansa fundamentalmente en la mano de obra, puesto que exige un material e instalaciones importantes. Atendiendo a los hechos probados que se han considerado de importancia antes transcritos, así como los que resultan de la revisión fáctica operada, cabe concluir que estamos ante el supuesto de sucesión de empresa regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores . Sucesión producida entre SODEOIL Y CAMPSARED en cuanto empresas que participaron en la indicada transmisión patrimonial en circunstancias en las que aparece acreditado, por la forma y por el tiempo en que se llevó a cabo, que la primera despidió a sus trabajadores con un ERE encaminado a producir la transmisión sin cargas laborales de la que se benefició la entidad sucesora.

No puede obviarse que CAMPSARED asumió de forma inmediata todos los elementos patrimoniales y materiales de la explotación de la estación de servicio, aunque sin trabajadores que habían sido despedidos previamente, sin justificación, y con evidente fraude de ley, conclusión a la que se llega teniendo en cuenta la doctrina unificada por esta Sala IV/ TS, en sentencia de 12-mayo-2009 (rcud 2497/08), entre otras, en la que partiendo del principio básico de que el fraude no se presume sino que ha de probarse en cada caso, acepta, sin embargo, que pueda estimarse acreditado el fraude no solo sobre pruebas directas sino también sobre la prueba de presunciones , y " *En este sentido se afirma, como recuerda la citada STS/IV 14-mayo-2008 , que "la expresión ?no presunción del fraude? ha de entenderse en el sentido de que no se ha de partir de éste como hecho dado y supuesto a falta de prueba en contrario [al modo de una inversión de la carga probatoria, ciertamente prohibida a estos efectos], pero naturalmente no excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones [la «praesumptio hominis» del art. 1253 CC cuando entre los hechos demostrados ... y el que se trata de deducir ... hay «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (STS 29 marzo 1993 -rec. 795/92 -, reproducida por las de 24/02/03 -rec. 4369/01 - y 30/03/06 -rcud 53/05 -; esta última en obiter dicta)*".

4.- En el presente caso, en definitiva, se produce una transmisión de empresa por un acuerdo entre las dos entidades indicadas a los pocos días de haberse prescindido de todo el personal de donde se desprende la existencia de un pacto interempresarial tendente a evitar las previsiones que el art. 44 ET tiene establecidas en materia de sucesión, o sea, de una actuación consistente en la utilización de las previsiones del art. 51 del Estatuto - norma de cobertura - para evitar la aplicación del art. 44 de la misma, o sea para evitar las consecuencias laborales de una transmisión, en clara incursión en el supuesto fraudulento contemplado en el art. 6.4 del Código Civil , que debe llevar como consecuencia la nulidad del acto llevado a cabo como dispone el indicado precepto, y ha de ser entendido aplicable al caso.

CUARTO.- Apreciada la sucesión fraudulenta y la aplicabilidad al caso de las previsiones del art. 44 ET , la Sala debe concretar a qué empresas o entidades debe alcanzar la responsabilidad derivada de dicho precepto, para señalar que la misma no puede extenderse más allá de aquellas entidades en las que la ilegalidad en la transmisión se produjo por ser las empresas directamente implicadas en la transmisión de un centro de trabajo con infracción de las previsiones contenidas en el indicado precepto. A tal efecto, las únicas entidades que pueden ser consideradas responsables de aquella ilegalidad, y con carácter solidario son la entidad SODEOIL



SLU y CAMPSARED SA, sin que proceda aquella extensión a las demás codemandadas - Ayuntamiento de Mairena de Aljarafe, Sodefesa o Repsol - pues, por más que las dos primeras tienen una íntima conexión mercantil con SODEOIL como también lo tiene Repsol con CAMPSARED, la única relación que entre unas y otras aparece acreditada es de naturaleza mercantil relacionada con el negocio concretado en la Estación de Servicio ubicado en el suelo propiedad del Ayuntamiento demandado; sin que en ningún caso existan razones para levantar el velo de personas jurídicas que les protege ni se haya acreditado, en concreto en el caso de REPSOL que aun reconociéndole la condición de empresa dominante en relación con CAMPSARED, haya incidido en ninguna de las situaciones en las que según nuestra doctrina - reflejada por todas en sentencias recientes como las de 20-3-2013 (rec.- 81/2012), 27-5-2013 (rec.- 78/2012) o 19-12-2013 (rec.- 37/2013) -, pueda hablarse de una responsabilidad laboral del grupo por la actividad de una sola de ellas; sin que proceda aceptar a partir de lo actuado esa identidad que el demandante ha señalado de forma reiterada pero sin pruebas entre las dos últimas mercantiles citadas.

QUINTO.- En congruencia con todo lo dicho procede estimar parcialmente el recurso interpuesto por el representante unitario de los trabajadores demandantes contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de Andalucía/Sevilla en las presentes actuaciones, y en su virtud, con revocación de la misma, procede declarar y declaramos la nulidad de los despidos de dichos trabajadores efectuada por SODEOIL SLU condenando solidariamente a la readmisión de los mismos tanto a dicha entidad como a CAMPSARED S.A. como sucesora en la explotación del centro de trabajo en el que aquellos desarrollaron sus servicios. Pero absolviendo de dicha responsabilidad al resto de los demandados. Sin que proceda la imposición de costas a ninguna de las partes en aplicación directa de las previsiones contenidas al respecto en el art. 205 de la LRJS .

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Letrado D. Carlos Carreto Ribot, en nombre y representación de D. Bienvenido , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, de fecha 11 de octubre de 2012 , Núm. Procedimiento 4/12, y en su virtud, con la previa revocación de la indicada resolución, debemos declarar y declaramos la nulidad del despido del que aquellos fueron objeto, condenando por ello en forma solidaria a las empresas SODEOIL S.L.U. y CAMPSARED S.A. a su readmisión en las condiciones laborales que tenían antes del despido; absolviendo al resto de los demandados en el presente procedimiento - Ayuntamiento de Mairena, Sodefesa y Repsol -. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. D. Jesus Gullon Rodriguez D. Aurelio Desdentado Bonete D. Fernando Salinas Molina D. Gonzalo Moliner Tamborero D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez D. Jordi Agusti Julia D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a Rosa Maria Viroles Piñol D^a Maria Lourdes Arastey Sahun D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel D. Miguel Angel Luelmo Millan D. Jesus Souto Prieto

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Gonzalo Moliner Tamborero formulando voto particular la Magistrada Excmo. Sra. Doña Rosa Maria Viroles Piñol, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados Don Fernando Salinas Molina, Don Jordi Agusti Julia y Don Manuel Ramon Alarcon Caracuel, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada Excmo. Sra. Doña Rosa Maria Viroles Piñol, en la sentencia dictada en el recurso de casación 108/2013, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jordi Agusti Julia, y D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación 108/2013.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:



PRIMERA.- La que suscribe muestra su conformidad con la decisión de la Sala respecto a la declaración de sucesión fraudulenta y aplicabilidad al caso de las previsiones del art. 44 del ET , pues su propuesta antes de declinar la ponencia era coincidente.

La discrepancia está exclusivamente, con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, en la concreción de a qué empresas o entidades debe alcanzar la responsabilidad derivada de dicho precepto; y en concreto, en la solución que da la sentencia a tal cuestión, plasmada en los fundamentos de derecho cuarto, quinto y en su consecuencia en la parte dispositiva de la misma, partiendo, como se parte, de la apreciada sucesión fraudulenta.

SEGUNDA.- Señala la sentencia mayoritaria (FD 4): " *Apreciada la sucesión fraudulenta y la aplicabilidad al caso de las previsiones del art. 44 ET , la Sala debe concretar a qué empresas o entidades debe alcanzar la responsabilidad derivada de dicho precepto, para señalar que la misma no puede extenderse más allá de aquellas entidades en las que la ilegalidad en la transmisión se produjo por ser las empresas directamente implicadas en la transmisión de un centro de trabajo con infracción de las previsiones contenidas en el indicado precepto. A tal efecto, las únicas entidades que pueden ser consideradas responsables de aquella ilegalidad, y con carácter solidario son la entidad SODEOIL SLU y CAMPSARED SA, sin que proceda aquella extensión a las demás codemandadas - Ayuntamiento de Mairena de Alajarafe, Sodefesa o Repsol - pues, por más que las dos primeras tienen una íntima conexión mercantil con SODEOIL como también lo tiene Repsol con CAMPSARED, la única relación que entre unas y otras aparece acreditada es de naturaleza mercantil relacionada con el negocio concretado en la Estación de Servicio ubicado en el suelo propiedad del Ayuntamiento demandado; sin que en ningún caso existan razones para levantar el velo de personas jurídicas que les protege ni se haya acreditado, en concreto en el caso de REPSOL que aun reconociéndole la condición de empresa dominante en relación con CAMPSARED, haya incidido en ninguna de las situaciones en las que según nuestra doctrina - reflejada por todas en sentencias recientes como las de 20-3-2013 (rec.- 81/2012) , 27-5- 2013 (rec.- 78/2012) o 19-12-2013 (rec.- 37/2013) - , pueda hablarse de una responsabilidad laboral del grupo por la actividad de una sola de ellas; sin que proceda aceptar a partir de lo actuado esa identidad que el demandante ha señalado de forma reiterada pero sin pruebas entre las dos últimas mercantiles citadas*". Señala asimismo la sentencia (FD 5) que: " *En congruencia con todo lo dicho procede estimar parcialmente el recurso interpuesto por el representante unitario de los trabajadores demandantes contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de Andalucía/Sevilla en las presentes actuaciones, y en su virtud, con revocación de la misma, procede declarar y declaramos la nulidad de los despidos de dichos trabajadores efectuada por SODEOIL SLU condenando solidariamente a la readmisión de los mismos tanto a dicha entidad como a CAMPSARED S.A. como sucesora en la explotación del centro de trabajo en el que aquellos desarrollaron sus servicios*".

La sentencia ha considerado que, partiendo de los hechos probados, así como los que resultan de la revisión fáctica operada, cabe concluir que estamos ante el supuesto de sucesión de empresa regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores . Sucesión -que entiende- producida entre SODEOIL Y CAMPSARED en cuanto empresas que participaron en la indicada transmisión patrimonial en circunstancias en las que aparece acreditado, por la forma y por el tiempo en que se llevó a cabo, que la primera despidió a sus trabajadores con un ERE encaminado a producir la transmisión sin cargas laborales de la que se benefició la entidad sucesora.

Señala la sentencia asimismo que: " *No puede obviarse que CAMPSARED asumió de forma inmediata todos los elementos patrimoniales y materiales de la explotación de la estación de servicio, aunque sin trabajadores que habían sido despedidos previamente, sin justificación, y con evidente fraude de ley, conclusión a la que se llega teniendo en cuenta la doctrina unificada por esta Sala IV/ TS, en sentencia de 12-mayo-2009 (rcud 2497/08) , entre otras*".

Concluye la sentencia señalando que : " *en definitiva, se produce una transmisión de empresa por un acuerdo entre las dos entidades indicadas a los pocos días de haberse prescindido de todo el personal de donde se desprende la existencia de un pacto interempresarial tendente a evitar las previsiones que el art. 44 ET tiene establecidas en materia de sucesión, o sea, de una actuación consistente en la utilización de las previsiones del art. 51 del Estatuto - norma de cobertura - para evitar la aplicación del art. 44 de la misma, o sea para evitar las consecuencias laborales de una transmisión, en clara incursión en el supuesto fraudulento contemplado en el art. 6.4 del Código Civil , que debe llevar como consecuencia la nulidad del acto llevado a cabo como dispone el indicado precepto, y ha de ser entendido aplicable al caso*".

TERCERA.- 1.- Entiende la que suscribe, que partiendo de la existencia de una sucesión fraudulenta, y de la doctrina unificada por esta Sala IV/ TS, contenida, entre otras, en la sentencia antes referida de 12-mayo-2009 (rcud 2497/08) , en la que, partiendo del principio básico de que el fraude no se presume sino que ha de probarse en cada caso, acepta, sin embargo, que pueda estimarse acreditado el fraude no solo sobre pruebas directas sino también sobre la prueba de presunciones , y " *En este sentido se afirma, como recuerda la citada STS/IV 14-mayo-2008 , que "la expresión ¿no presunción del fraude? ha de entenderse en el sentido de que no se*



ha de partir de éste como hecho dado y supuesto a falta de prueba en contrario [al modo de una inversión de la carga probatoria, ciertamente prohibida a estos efectos], pero naturalmente no excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones [la «praesumptio hominis» del art. 1253 CC cuando entre los hechos demostrados ... y el que se trata de deducir ... hay «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (STS 29 marzo 1993 -rec. 795/92 -, reproducida por las de 24/02/03 -rec. 4369/01 - y 30/03/06 - rcul 53/05 -; esta última en obiter dicta)].

Si bien, formalmente, se produce ciertamente una transmisión de empresa por un acuerdo entre las dos entidades indicadas a los pocos días de haberse prescindido de todo el personal de donde se desprende la existencia de un pacto interempresarial " tendente a evitar las previsiones que el art. 44 ET tiene establecidas en materia de sucesión, o sea, de una actuación consistente en la utilización de las previsiones del art. 51 del Estatuto - norma de cobertura - para evitar la aplicación del art. 44 de la misma, o sea para evitar las consecuencias laborales de una transmisión, en clara incursión en el supuesto fraudulento contemplado en el art. 6.4 del Código Civil , que debe llevar como consecuencia la nulidad del acto llevado a cabo como dispone el indicado precepto, y ha de ser entendido aplicable al caso" (FD 3º.4); lo cierto es que la responsabilidad no ha de afectar exclusivamente a SODEOIL SLU y a CAMPSARED SA, sino que ha de expandir sus efectos a la condena solidaria de todos aquellos que han participado de una forma u otra en el fraude de ley que hemos entendido acreditado, y que resultan ser además de SODEOIL Y CAMPSARED, SODEFESA y REPSOL.

En este sentido sentido de expansión de la responsabilidad solidaria a "todos los que han participado de una forma u otra en el fraude de ley que hemos entendido acreditado", se pronuncia la reciente sentencia de esta Sala IV/TS, de fecha 17 de febrero de 2014 , dictada en Sala General -del mismo día que la presente-, en recurso de casación nº 142/2013, conclusión a la que la Sala llega después de señalar que el art. 6.4 del Código Civil , a cuyo tenor los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga un resultado contrario al ordenamiento jurídico «se considerarán en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir», y señala que "Ante todo ha de recordarse que el fraude de Ley no se presume y ha de ser acreditado por el que lo invoca (SSTS 16/02/93 -rec. 2655/91 -; ... 21/06/04 -rec. 3143/03 -; y 14/03/05 -rcv 6/04 -), lo que puede hacerse -como en el abuso del derecho- mediante pruebas directas o indirectas, admitiendo las presunciones entre estas últimas el art. 1253 CC [actualmente, arts. 385 y 386 LECiv] (SSTS 04/02/99 -rec. 896/98 -; ... 14/05/08 -rcul 884/07 -; y 06/11/08 -rcul 4255/07 -); y aunque el fraude es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma (SSTS 04/07/94 -rcul 2513/93 -; ... 16/01/96 -rec. 693/95 -; y 31/05/07 -rcul 401/06 -), de todas formas es suficiente con que los datos objetivos revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley (SSTS 19/06/95 -rcv 2371/94 -; y 31/05/07 -rcul 401/06 -)".

De los datos obrantes en las actuaciones y plasmados en el relato fáctico, entre los que se encuentran los que resumidamente acaban de citarse que delatan la actuación de la empresa REPSOL, llevan a la convicción de la Sala de que efectivamente sí concurrió el fraude que se imputa. Y como señala la sentencia mayoritaria, la aplicación del art. 6.4 del CC – "nos lleva a la condena solidaria de quienes -conforme a las referencias de hecho y jurídicas precedentemente efectuadas- han participado de una forma u otra en el fraude de ley que hemos entendido acreditado", y que resultan ser no solo SODEOIL Y CAMPSARED, sino además SODEFESA y REPSOL.

2.- Respecto a REPSOL, no puede obviarse el *iter* seguido, partiendo del relato de hechos probados que evidencian en todo momento la organización, control y dirección por parte de Repsol sobre las demás empresas implicadas. Así resulta que:

- La finca en la que se ubica LA ESTACION DE SERVICIO en Mairena del Aljarafe, fue adquirida por el AYUNTAMIENTO DE MAIRENA DEL ALJARAFE por permuta a la mercantil REPSOL, segregándose de la finca matriz 1926 ; según consta al folio 83 vuelto del tomo 238 libro 36 del Registro de la Propiedad . Así resulta de la escritura otorgada el 31 de enero de 1996 ante el notario, según documentación registral que obra al folio 59 y siguientes de las actuaciones .

- En octubre de 1998 por el Pleno del Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe adoptó, entre otros, el acuerdo de la aprobación definitiva de la cesión del derecho de superficie de la finca antedicha a SODEFESA (servicios urbanos), dándose cuenta de la Propuesta de la Alcaldía relativa a la aprobación definitiva de la cesión del derecho de superficie de la finca 16.674 a favor de SODEFESA, propuesta que fue copiada textualmente en el Acta de dicho Pleno Ordinario.

- En dicha acta del Pleno Ordinario de 5 de octubre de 1998, después de la enumeración de hechos se expresa que en Acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de 7 de mayo de 1998 se aprobó por unanimidad la encomienda de gestión a favor de Sodefesa de:



"... todas aquellas operaciones y actuaciones que sean necesarias para dismantelar la gasolinera actualmente existente en la avenida de San Juan de Aznalfarache y proceder a la instalación y gestión de servicios a ubicar en terrenos de servicios urbanos en la zona próxima que mejor convenga a los intereses municipales. Iniciar los trámites para la cesión del derecho de superficie por 27 años sobre la parcela municipal calificada de servicios urbanos para la instalación y explotación de estación de servicios previo pago de un canon correspondiente" (anual de 2.359.944 pesetas).

- Según consta en la escritura publica de fecha 21-10-1998 el derecho de superficie cedido a SODEFESA sobre la totalidad de la parcela supone " el de construcción de una Estación de Servicios dotada de al menos tres isletas multiproductos, zona comercial y zona de lavado, siendo aproximadamente la superficie ocupada de 3.800 metros cuadrados, correspondiendo aproximadamente 150 metros cuadrados a edificio, 1.300 metros cuadrados aproximadamente de superficie para zona de lavado, y alrededor de 400 metros cuadrados de superficie de marquesina, estimando el presupuesto de la obra en una cantidad de Ciento Sesenta millones de pesetas tal como consta en el certificado reseñado en la intervención de esta escritura al que me remito" .

- En fecha 21 de diciembre de 1998 en reunión celebrada por el Consejo de Administración de SODEFESA se aprobó la cesión del derecho de superficie a la Entidad *REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A.* por un periodo de 25 años.

En fecha 26 de enero de 1999 se establece un contrato privado de cesión del derecho de superficie entre *REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA* y SODEFESA. En dicho contrato se señala que SODEFESA tiene un derecho de superficie sobre una parcela de terreno ubicada en Mairena del Aljarafe y que esta última está interesada en ceder su derecho a la entidad *REPSOL Comercial de Productos Petrolíferos* se establecen en sus cláusulas, entre otras y siendo de interés resaltar, que *REPSOL adquiere el derecho de superficie por 25 años y como contraprestación abona un canon único de 60 MILLONES DE PESETAS, comprometiéndose así mismo a llevar a cabo "la construcción de la E.S. cuyo presupuesto estimativo de obra se establece en 150 millones de pesetas, y así mismo REPSOL se reserva "LA FACULTAD DE CEDER LIBREMENTE EL DERECHO DE SUPERFICIE CONSTITUIDO A SU FAVOR, ASÍ COMO A ARRENDAR LAS INSTALACIONES O CEDERLAS A TERCEROS EN VIRTUD DE CUALQUIER OTRO TÍTULO".*

- En los anexos del contrato se señala (en el I) que " *REPSOL COMERCIAL* cede al COMISIONISTA, bajo la fórmula legal de Arrendamiento de Industria y Comisión Exclusiva de Venta, el uso y disfrute de los bienes de todo tipo que componen la E.S, junto con la explotación de la Industria o negocio en ella instalada, al objeto de que desarrolle en dicha E.S., actuando en nombre y por cuenta de *REPSOL COMERCIAL*, las actividades mercantiles de venta al público de los carburantes y combustibles líquidos que reciba en exclusiva de *REPSOL COMERCIAL* o de la firma o entidad que ésta designe.- Se señala que "Es causa esencial del presente contrato la comercialización en exclusiva por *REPSOL COMERCIAL* de la totalidad de los carburantes y combustibles líquidos que se expendan en la E.S. objeto del mismo. El arrendamiento de la E.S. constituye un elemento accesorio de la relación de comisión exclusiva".

- Del anexo II a dicho contrato, se destaca que SODEFESA, se compromete a adquirir una parcela cuyos datos registrales son: finca 14897 folio 96 libro 262 de Mairena que es propiedad de *REPSOL* y esta *EMPRESA* se compromete a "dismantelar la U.S. 3381 sita en el término municipal, una vez se encuentre finalizada y se inicie la actividad en la nueva E.S. a construir en la carretera SE-614 PK 2.4 de ese término municipal" .

- En la cláusula ADICIONAL CUARTA se establece que el precio por arrendamiento o canon a abonar por SODEFESA a *REPSOL* de Productos Petrolíferos SA "será la cantidad de 1.235.730 pesetas / mes pagadera durante los primeros 15 años, contados a partir del momento de puesta en marcha de la E.S. a la que se refiere el presente contrato ..."

- En la cláusula adicional quinta se establece que *REPSOL COMERCIAL* abonará a SODEFESA un rappel de 1,25 pesetas / litro de carburante y combustibles líquidos suministrados a la E.S.

Con fecha 4/3/1999, se otorgo escritura publica, elevándose a públicos los acuerdos privados antedichos.

- En 19 de abril de 1999 se constituye la sociedad SODEOIL SOCIEDAD LIMITADA UNIPERSONAL en escritura publica, perteneciendo el 100% de la acciones de esta mercantil a la mercantil SOCIEDAD PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO DEL EMPLEO S.A. (SODEFESA). Dicha empresa tiene como actividad económica, la gestión y explotación de estación de servicio. En reunión celebrada el 28 de abril del 2000 por el Consejo de Administración de SODEOIL se facultó a un miembro para la firma del contrato de comisión de exclusiva y arrendamiento de la estación de servicio con *REPSOL Comercial de Productos Petrolíferos S.A.*

- El 15 de mayo de 2000 se suscribe un contrato de comisión en exclusiva para la venta de combustible y carburante y arrendamiento de ESTACION DE SERVICIO entre *REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS* y SODEOIL.



- Además, una vez que la estación de servicios comenzó a ser explotada por SODEOIL, lo que ocurrió una vez suscrito el contrato anteriormente referenciado, por el pleno del Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe de fecha 19/12/2001 se acordó lo siguiente: "3º. APROBACIÓN DE CONVENIO CON SODEFESA Y SODEOIL S.L., PARA LA REVISIÓN DEL CANON ANUAL POR CESIÓN DE DERECHO DE SUPERFICIE DE LA PARCELA

- En fecha que no consta se suscribió además un contrato de franquicia con la entidad CAMPSA Estaciones de Servicio S.A. (CAMPSARED) como franquiciador cuyo anexo 1 obra al folio 135 a cuyo contenido nos remitimos .

- Después de presentada la demanda, con fecha 1/8/2012 se suscribió contrato de subarrendamiento de industria entre los representantes de CAMPSA Estaciones de Servicio S.A. (CAMPSARED) y REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTO PETROLIFEROS S.A. y SODEOIL, S.L.U por el cual CAMPSARED *subarrenda a REPSOL* la industria con todo tipo de bienes y servicios que integran la estación de servicios *que previamente había arrendado REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTO PETROLIFEROS S.A a SODEOIL, S.L.U.* , empresa esta que presto su consentimiento expreso para llevar a cabo el subarriendo.

- CAMPSARED, comenzó la explotación de la Estación de Servicio el día 14/8/2012.

3.- De todo este complejo entramado empresarial y circunstancias concurrentes, estimo que no existe razón jurídica alguna para eludir la condena solidaria de REPSOL (art. 44 ET , en relación con el art. 6.4 CC), que es quien ha ejercido en todo momento el poder de organización, control y dirección, y sin la cual no se hubiera producido el mismo, pues hubiera sido imposible sin su participación activa.

Por ello, entiendo que procede declarar y declaramos la nulidad de los despidos de dichos trabajadores efectuada por SODEOIL SLU condenando solidariamente a la readmisión de los mismos tanto a dicha entidad como a CAMPSARED S.A., SODEFESA y REPSOL. a su readmisión en las condiciones laborales que tenían antes del despido; absolviendo Ayuntamiento de Mairena.

CUARTA.- Por todo lo razonado, considero que la responsabilidad solidaria debió hacerse extensiva a las empresas referidas en los términos expuestos.

Madrid, a 18 de febrero de 2014.-

D. Fernando Salinas Molina D. Jordi Agustí Julia

Dª Rosa Maria Viroles Piñol D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel