

Id Cendoj: 28079140012010100572
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 2979/2009
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: SOCIAL
 Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DESPIDO x
- x EXTINCIÓN (CONTRATO DE TRABAJO) x
- x SUCESIÓN DE EMPRESA x
- x ANTIGÜEDAD LABORAL x
- x INDEMNIZACIÓN (DESPIDO) x

Resumen:

RCUD. Despido. Auxiliar de notaría. Cambio de notario. Toma de posesión del nuevo titular. Posible sucesión empresarial. Vigencia del Reglamento de Notarías. Despido improcedente. Cómputo de la antigüedad.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Julio de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado Sr. Campos Daroca en nombre y representación de D. Benedicto contra la sentencia dictada el uno de julio de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, en recurso de suplicación nº 1060/09, interpuesto contra la sentencia de fecha 23 de diciembre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Almería, en autos núm. 809/08, seguidos a instancias del ahora recurrente contra la empresa PURIFICACION DIAZ MARTINEZ, María Rosa , Adolfinia , y Leon , sobre despido.

Han comparecido en concepto de recurridas Candida y Adolfinia representadas por el letrado Sr. Aviles Trigueros, y la Procuradora Sra. Rodríguez Puyol, respectivamente.

Es Ponente la Excm.a Sra. D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23-12-2008 el Juzgado de lo Social nº 1 de Almería dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º** .- El actor D. Benedicto , mayor de edad, cuyas demás circunstancias obran en autos, ha venido trabajando para la empresa demandada Dña. Purificación Martínez, desde el día 25 de enero de 2006, con la categoría laboral de Auxiliar de notarias, y percibiendo un salario mensual de 1.868,07 euros en las que se incluye el prorrateo de las pagas extraordinarias. **2º**.- Con anterioridad a la relación de trabajo, reseñada en el hecho anterior, el actor prestó servicios desde el día 26 de junio de 1986, con la misma categoría laboral con los notarios D. Rosendo Rodríguez Díaz Trenado, D. Jesús de la Fuente Galán. Dña. María Dolores Heredia Canovas y los demandados D. Leon y Dña. María Rosa . El informe de vida laboral, que obra al folio 109 de los autos, se reproduce. **3º**.- Con fecha 23 de julio de 2008, la empresa demandada Dña. Purificación Díaz Martínez, mediante Correo certificado con acuse de recibo notificó al actor carta de fecha 18 de julio anterior, comunicándole la extinción de su contrato de trabajo, con el siguiente texto literal: "Estimado Señor. En aplicación de lo previsto en el vigente Reglamento Notarial y en la normativa laboral de aplicación, le comunico mi cese en el día de hoy como notario sustituto en la notaría de Purchena, así como la toma de posesión de la misma

fecha de la nueva notaria titular de Purchena. Le comunico igualmente, por tanto, la extinción de la relación laboral con usted, a causa de mi cese como titular de la Notaría en la que se le contrató. A los efectos oportunos, le notifico igualmente que los tramites que proceden a los efectos de modificar su situación laboral, notificaciones a la Administración y preparación del finiquito, que se será abonado en cuenta, se llevaran a cabo a través de la Gestoría Audico, de Olula del Río". **4º.-** El Actor con fecha 25 de enero de 2006, formalizó con Dña. Candida , un contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, haciendo constar en la *cláusula primera del mismo que su categoría laboral era la de Subalterno, y en la décima* que el convenio colectivo de aplicación sería el de Notarías 2ª. **5º.-** Dña. Candida , fue nombrada notaria de la localidad de Purchena, y en fecha no determinada, por concurso, fue adjudicada la Notaría de nueva creación de Olula de Río, Macael, manteniendo como sustitución obligatoria la notaría de Purchena, realizando en ambas notarías, su función notarial con el mismo personal. **6º.-** El actor con fecha 15 de enero de 2008, causó baja médica por enfermedad común, por padecer un proceso ansioso depresivo, manteniéndose desde aquella fecha en situación de Incapacidad Temporal. **7º.-** El actor mantuvo relación de trabajo con el demandado D. Leon desde el día 16 de abril de 1998 hasta el día 2 de septiembre de 2005 y con Dña. María Rosa , desde le día 5 de septiembre de 2005 hasta el día 23 de enero de 2006. Dichos ceses, fueron liquidados en su día, causando baja el actor en Seguridad Social, no formulando frente a los mismos, acción por despido. **8º.-** La demandada Dña. Adolfinia fue nombrada para ocupar la Notaría de Purchena, Provincia de Almería, a virtud de lo establecido en el *art. 77.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía* y el *Art. 5.1 del Decreto 305/2008 de 20 de mayo* , a virtud de nombramiento expedido por el Secretaría General para la Justicia de la Junta de Andalucía de fecha 4 de junio de 2008, tomando posesión de dicha Notaría el día 17 de julio de 2008. Los folios 102 y 103 de los autos, se reproducen. **9º.-** La relación de trabajo entre el personal de Notarías y los Notarios viene regulada en el *Decreto de 21 de Agosto de 1956* por el que se aprueba en Reglamento de Organización y Régimen de Trabajo de los Empleados de Notarías, y en el Convenio Colectivo Interprovincial para empleados de Notarías de Andalucía Oriental, acordada su publicación por resolución de la Dirección General de Trabajo de 8 de septiembre de 1992. El *art. 28 del Reglamento* citado, establece las causas de cese de los empleados de Notaría, disponiendo en su apartado a) la cesación del Notario en su Notaría, regulando para este supuesto que la única obligación del Notario para el personal cesante, será el pago integro de la mensualidad en curso. La demandada Sra. Candida , ha abonado al actor la liquidación correspondiente así como su finiquito desglosando en el mismo los conceptos por los que se liquidaba. En dicho recibo se hace constar por error, en el apartado motivo de la Baja. "despido por causas objetivas". **10º.-** Presentó la preceptivas conciliaciones ante el Centro de Mediación Arbitraje y conciliación del día 12 de agosto de 2008, celebrándose las mismas con el resultado de sin avenencia el día 26 de agosto de 2008, presentando la demanda en el decanato de los juzgados del día 2 de septiembre siguiente".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda formulada por D. Benedicto , frente a la empresa Dña. PURIFICACION DIAZ MARTINEZ, Dña. María Rosa , D. Leon , y Dña. Adolfinia , debo declarar y declaro que no ha existido despido, sino la extinción del contrato de trabajo por cesantía de su empresaria Dña. Candida y debo absolver y absuelvo a dichos demandados, de las pretensiones frente a los mismos formuladas."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Benedicto ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, la cual dictó sentencia en fecha 1-07-2009 , en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Benedicto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº uno de Almería, en fecha 23 de diciembre de 2008 , en autos nº 809/08, seguidos a su instancia, sobre despido, contra la empresa Dña. PURIFICACION DIAZ MARTINEZ, Dña. María Rosa , Dña. Adolfinia , y D. Leon , debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida."

TERCERO.- Por la representación de D. Benedicto se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 8-10-2009, en el que se alega infracción del *art. 49 y siguientes del ET* y *art. 14 C.E* . Se aportan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por las Salas de lo Social de este Tribunal Supremo de 22-11-2004, (R-496/04), y por la del T.S.J. de Canarias de 22-04-2003 (R-1128/02).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 3-02-2010 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20-07-2010, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación para unificación de doctrina se formula por el trabajador que vio desestimada su demanda de despido en la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Almería (autos 809/2008) y asimismo el recurso de suplicación interpuesto por dicha parte, resuelto por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de 1 de julio de 2009 (rec. 1060/2009).

El actor había prestado servicios como auxiliar de notarías en la notaría de Purchena desde el 26 de junio de 1986, habiéndolo hecho para distintos notarias en la forma descrita en los hechos probados segundo y séptimo de la sentencia de instancia, antes reproducidos. Desde el 25 de enero de 2006 lo hacía para la demandada Sra. Candida , quien el 23 de julio de 2008 le comunicó la extinción de la relación por el cese como notaría sustituta y la toma de posesión de la nueva titular. La sentencia recurrida razona que no hubo despido, sino que el traslado de la notaría a otro lugar se incardina en el *art. 49 b) ET* y niega, asimismo, que la nueva titular de la notaría -también demandada- deba hacerse cargo de los trabajadores en virtud del *art. 44 ET* porque el convenio colectivo no impone la subrogación y porque se acoge a la doctrina sentada en la STS de 8 de noviembre de 1994 .

El recurso plantea dos puntos de contradicción: 1) la vigencia y aplicabilidad del *art. 28 del Reglamento de Notarías* , aprobado por *Decreto de 21 de agosto de 1956* , para lo que invoca, como sentencia de contraste, la STS de 22.11.2004 -rcud. 496/2004-; y 2) la cuestión de la sucesión empresarial *ex art. 44 ET, ofreciéndose como referencia la STSJ de Canarias (Las Palmas), de 22 de abril de 2003 , -rec. 1128/2002-*.

Para satisfacer el objeto del recurso de casación para unificación de doctrina, exige el *art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral* que la sentencia recurrida contenga pronunciamiento distinto al de la de contraste, partiendo de una misma situación de los litigantes, los hechos, fundamentos y pretensiones sean sustancialmente iguales. Dado que son dos las cuestiones que suscita la contradicción invocada por el recurrente, se analizará previamente y en cada caso la concurrencia de los requisitos esenciales para resolver sobre las mismas.

SEGUNDO.- En relación al tema del cese o traslado del notario como causa justificativa de la extinción del contrato de trabajo de los empleados de notarías, la sentencia referencial -STS 22.11.2004 - confirmó la declaración de improcedencia del cese de quien había sido trabajador de una notaría como consecuencia del traslado del notario a otra población.

Igual que sucede en el caso de la aquí recurrida, se trataba entonces de determinar si el *art. 28 del Reglamento Notarial* permitía ser interpretado en el sentido del *art. 49 b) ET* y, por ende, de la subsistencia de las normas del Decreto y su encaje en la legislación laboral nacida a partir del Estatuto de los Trabajadores.

Se cumplen, pues, los requisitos de contradicción ya que se dan las identidades necesarias para poder afirmar que la doctrina de las sentencias comparadas resulta contraria entre sí y, por ello, concurre la justificación esencial del recurso.

TERCERO.- Para la sentencia recurrida el cese de la actividad de la notaría con traslado a otra población halla acomodo en el *art. 49 b) ET* . Por ello el recurrente denuncia la infracción de dicho precepto, así como del *art. 14* de la Constitución y del *art. 3.2 ET* .

La invocación del principio de igualdad y no discriminación se hace sin precisar en qué se concreta su alegación, pues nada se precisa sobre un eventual trato desigual.

A mayor abundamiento, esa invocación tiene carácter novedoso en el trámite del presente recurso de casación unificadora, sin previa alegación en las fases procesales anteriores- Ello impide el pronunciamiento sobre la misma. En este sentido se pronuncia una reiterada doctrina de la Sala, señalando que el juicio de contradicción ha de establecerse teniendo en cuenta el debate planteado en suplicación, en la medida en que el término de referencia en ese juicio " *es una sentencia que, al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente* " y, por ello, la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que ésta ha sido planteada en suplicación (SSTS 11-febrero-2009 -rcud. 3318/2007-, 6-mayo-2009 -rcud. 1912/2008- y 15 de junio de 2009 - rcud. 3184/2008 -, por citar sólo la más recientes).

En consecuencia, se ciñe el debate a la vigencia y eficacia del *art. 28 del Reglamento Notarial (Decreto de 21 de agosto de 1956*, de organización y régimen de trabajo de los empleados de notarías). Éste establece: «a) Cesación del Notario en su Notaría. En este supuesto la única obligación del Notario o de sus herederos para con el personal cesante, será el pago íntegro de la mensualidad en curso al producirse el cese del Notario».

La sentencia de esta Sala que se ofrece de contraste, así como la STS de 15 de diciembre de 2004 -rcud. 5621/2003-, razonaba que el citado precepto había de entenderse "*forzosamente derogado, al menos, desde la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, cuya Disposición Derogatoria dejaba sin efecto cuantas disposiciones se opusieran a esa Ley. Y, entre las relaciones laborales de carácter especial que se recogen en el art. 2 no figura la de los empleados de Notarías y entre las causas de extinción relacionadas en el art. 49 no figura el cese del empleador, salvo en los supuestos de su jubilación o muerte y los que dan lugar a la extinción por causas objetivas en los casos contemplados en los art. 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores. Supone ello que de tal Decreto únicamente subsistirán aquellas normas que sean compatibles con la regulación que el Estatuto realiza de la relación de trabajo, y las relativas a la extinción del contrato no se hallan en este supuesto*".

A ello se añadía que la naturaleza jurídica de la función pública que el notario desarrolla "*no lo aparta de su condición de empresario al concurrir los requisitos exigidos por el art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, lo que determina que haya de cumplir las obligaciones impuestas al empresario en la legislación laboral y, entre ellas, en el caso enjuiciado, las relativas a la extinción de un contrato que el recurrente concertó por tiempo indefinido, y sin que pueda la Sala contemplar la posible procedencia de un despido por causas objetivas que no fue planteado así por el Notario empleador, ni antes de presentada la demanda, ni en el curso de los autos*".

La doctrina expuesta es plenamente aplicable al presente caso y, habiéndose apartado la sentencia recurrida de aquélla, procede estimar este primer motivo del recurso y casar y anular en este punto la sentencia de la Sala "a quo", con las consecuencias que después se indicarán al resolver el debate planteado en suplicación.

CUARTO.- El segundo punto de contradicción se desarrolla en el recurso mediante la cita, como infringido, del *art. 44 del Estatuto de los Trabajadores*, en relación con la *Directiva 2001/23 /CE*, sobre aproximación de las legislaciones de los estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas. Se trata de una pretensión que ha de entenderse hecha a los efectos de la solidaridad entre los ahora codemandados.

La sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Canarias (las Palmas) el 22 de abril de 2003, aborda el caso de dos trabajadores que prestaban servicios para tres corredores de comercio que, a consecuencia de lo dispuesto en la *Ley 55/1999, de 29 de diciembre*, se integraron en el cuerpo único de notarios. A partir de la integración, los demandantes pasaron a figurar como trabajadores de uno solo de ellos, y no de la sociedad constituida. Seis meses después de tales cambios, el notario en cuestión cesó por traslado y comunicó a las trabajadoras la posibilidad de que optaran entre trasladarse con él a la nueva ubicación o la extinción de sus contratos con arreglo al Convenio Colectivo provincial de notarías. La Sala de Las Palmas, partiendo de la doctrina de la STS de 6 de marzo de 2000, sostiene que más que de un caso de sucesión empresarial, se está ante un supuesto de unidad de empresa entre todos los notarios que constituían la sociedad y que antes habían sido ya empleadores como corredores de comercio.

La contradicción es inexistente, pues aunque en el debate se suscita la cuestión de la sucesión empresarial, en la sentencia de contraste se hace sólo a los efectos de discernir quien era el verdadero empleador cuando se está en el caso de la constitución de una sociedad entre notarios y el cese del trabajador obedece sólo a la circunstancia profesional de uno de ellos - el traslado a otra población-; apoyándose, además, la sentencia referencial en el contenido del Convenio colectivo provincial sobre las condiciones de los despachos colectivos, todo lo cual no sucede en la sentencia aquí recurrida.

Por otra parte, la solución dada a esta cuestión en la sentencia recurrida es coincidente con la mantenida por esta Sala IV en las STS de 8.11.1994 -rcud. 533/2004- y 6.10.2009 -rcud. 2036/2008-, que señalan que "*no cabe hablar, en los supuestos de cambio de titular en una misma Notaría de un problema de sucesión de empresa susceptible de cobijarse, jurídicamente, en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores*", pues entienden que "*El Notario no es el titular de una organización de medios personales y materiales que, al traspasar la Oficina correspondiente en la que vino prestando la función pública que le corresponde, pueda generar un fenómeno de sucesión empresarial, puesto que sus sucesivos nombramientos y consiguientes traslados dependen del Gobierno del Estado y, tampoco él, se convierte,*

por el hecho de su nombramiento para una concreta Notaria, en titular del conglomerado organizativo que caracteriza a la misma, sino en mero depositario de su Protocolo y simple cabeza visible y directora de la función pública -que no servicio público en estricto sentido - que en dicha Oficina se desarrolla".

Lo dicho comporta la desestimación de este segundo motivo de casación unificadora, lo que impedirá que puedan extenderse los efectos de la calificación del despido a los notarios codemandados.

QUINTO.- La estimación, no obstante, del primero de los motivos ha de comportar que esta Sala de respuesta al debate suscitado en suplicación, y, en suma, que se declare la improcedencia del despido comunicado al actor por la notaria Sra. Candida el 23 de julio de 2008. Ello trae como consecuencia, además de la absolución de los restantes demandados antes indicada, la condena de ésta a la opción entre la readmisión inmediata del trabajador en las mismas condiciones anteriores al despido o la indemnización al mismo en la suma resultante de aplicar lo dispuesto en el *art. 55 del ET*, con abono en todo caso de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido.

Llegados a este punto, hemos de reiterar al doctrina sentada en nuestras anteriores sentencias (STS 22.11. 2005, 15.12.2005 y 6. 10.2009, ya citadas), según la cual pese a las características que, sin duda presenta este tipo de relación, " *es está ante una relación laboral, de carácter ordinario en la que han de producirse los efectos propios de la misma, uno de los cuales habrá de ser el reconocimiento de la antigüedad en la empresa a favor del trabajador en los términos en que aparezca pactada entre las partes*".

Al abordar el tema de la sucesión empresarial el recurrente sostiene también que la antigüedad que debe reconocérsele habría de incluir todo el tiempo de servicios prestados para los distintos notarios para los que ha venido trabajando.

Como hemos argumentado, la relación laboral que analizamos es de carácter ordinario. No estamos ante una relación laboral especial, sino que son de aplicación las normas laborales comunes. Ahora bien la actividad sobre la que recae presenta particularidades que impregnan también el contrato de trabajo, el cual reúne algunas singularidades. Ya ha quedado apuntado que no es la oficina pública la que ostentan la condición de empresario. La oficina no es susceptible de ser transmitida ni puede desarrollar actividad por sí misma independientemente del notario. Éste, por su parte, no sucede al anterior, salvo en la condición de depositario del Protocolo, de suerte que ni los medios materiales ni los personales se adquieren por el nombramiento como notario para una determinada plaza.

De aquí que la relación laboral solo nazca con la contratación por parte del notario en cuestión, sin que el convenio colectivo establezca en caso como el presente obligación de subrogación alguna, por tanto, a diferencia de lo que sucedía en la STS de 6.10.2009, en que el *Convenio Colectivo aplicable era el de Andalucía Occidental de 25 de enero de 1991* que equiparaba antigüedad a años de servicios prestados "desde la inclusión en el Censo Oficial de Notarías", en el caso presente no consta ni pacto individual ni norma convencional que reconozca tal antigüedad a dichos efectos. Por el contrario, el *art. 10 del Convenio Colectivo de empleados de notarías de Andalucía Oriental, de septiembre de 1992* - cuya vigencia no se ha puesto en duda-, señala en su *art. 10* que " *A los efectos legales se entenderá por antigüedad la que el empleado tengo con el notario o Colegio notarial al que preste sus servicios, con la sola excepción del cálculo de los complementos por antigüedad previstos en el art. anterior, que será la que ostente el empleado en el Censo oficial de empleados de notarías*".

Ello supone que sólo los servicios prestados para el empleador -el notario- pueden ser tenidos en cuenta a los efectos que aquí interesan -el tiempo de prestación efectiva para el cálculo de la indemnización por despido-. Por consiguiente, la indemnización por la que en su caso deberá optar la parte litigante que resulta condenada se calcula teniendo en cuenta los servicios prestados entre el 21 de enero de 2006 y la fecha del despido (23 de julio de 2008), lo que arroja la cifra de 7.238,77 #.

De este modo, al casar y anular la sentencia recurrida, estimamos en parte el recurso de suplicación del trabajador y, con revocación de la sentencia del Juzgado, estimamos en parte su demanda declarando la improcedencia del despido de 23 de julio de 2008 y condenando a la Sra. Candida a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión inmediata del trabajador en las mismas condiciones anteriores al despido o la indemnización al mismo en la suma 7.238,77 #, con abono en todo caso de los salarios dejados de recibir. Sin costas.

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

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por D. Benedicto , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de 1 de julio de 2009 (rec. 1060/2009). Casamos y anulamos la misma y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, revocamos la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Almería (autos 809/2008), de 23 de diciembre de 2008, y estimamos en parte su demanda declarando la improcedencia del despido de 23 de julio de 2008 y condenando a D^a Candida a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión inmediata del trabajador en las mismas condiciones anteriores al despido o la indemnización al mismo en la suma 7.238,77 #, con abono en todo caso de los salarios dejados de recibir. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Ocano Jurisprudencial 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.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.