



ESTUDIO Y PROFUNDIZACIÓN DE DIVERSOS SUPUESTOS DENTRO DEL ÁMBITO LABORAL

GRADO EN RELACIONES LABORALES Y RECURSOS HUMANOS



UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
Estructura de Teleformación



ULPGC
ONLINE

Autora: Lourdes Perdomo Sánchez
Tutor: Don Juan de Dios Fernández Lupiáñez

Mayo 2019

FERNANDEZ
LUPIAÑEZ
JUAN DE DIOS

Firmado digitalmente por
FERNANDEZ
LUPIAÑEZ
JUAN DE DIOS
Fecha: 2019.05.24
19:08:52 +01'00'

ÍNDICE

- 1.- Introducción.
- 2.- Supuesto de actuación inspectora y contratación.
- 3.- Supuesto de actuación inspectora, extranjería y prestaciones.
 - 3.1- Actuación inspectora, sancionadora y extranjería.
 - 3.2- Extranjería y prestación por desempleo.
- 4.- Supuesto de actuación inspectora ante denuncia sobre trabajo y jubilación.
 - 4.1- Sobre trabajo y jubilación.
 - 4.2- Sobre modalidades contractuales.
- 5.- Supuesto Expediente de Regulación de Empleo (ERE) encubierto.
- 6.- Supuesto de actuación inspectora en materia de prevención de riesgos laborales. Accidente de trabajo.
- 7.- Bibliografía y documentación consultada.
- 8.- Anexos.
 - 8.1- Anexo I- Sentencia del Tribunal Supremo 4379/2005, de 30 de junio de 2005- ECLI: ES:TS:2005:4379-Id Cendoj: 28079140012005100875. Nº de Recurso 2426/2004. Ponente: Joaquín Samper Juan.
 - 8.2- Anexo II- Sentencia Social del Tribunal Supremo 656/2017, de 31 de enero de 2017. Ponente Miguel Ángel Luelmo Millán. Rec. 1153/2015. Id. Cendoj: 28079149912017100005. Roj: STS 656/2017. ECLI: ES:TS:2017:656.
 - 8.3- Anexo III- Sentencia Social del Tribunal Supremo 4894/2013, Sala de lo Social, Sección I, Rec. 2398/2012 de 17 de septiembre de 2013. Ponente Jesús Souto Prieto, Núm. Cendoj: 28079140012013100660. Núm. Ecli: ES:TS:2013:4894, Núm. Roj: STS 4894/2013
 - 8.4- Anexo IV- Sentencia Social del Tribunal Supremo 650/2017, Sala de lo Social, de 31 de enero de 2017. Ponente Miguel Ángel Luelmo Millán. Rec.

3345/2015. Id. Cendoj: 28079149912017100003. Roj: STS 650/2017. ECLI: ES:TS:2017:650.

8.5- Anexo V- STSJ CAT 4773/2011, de 11 de mayo de 2011. Nº Rec. 2364/2010, nº Resolución: 3280/2011. Ponente: Francisco Javier Sanz Marcos. Id. Cendoj: 08019340012011103077.

8.6- Anexo VI- STSJ CAT Nº 7832/2012, 20 de noviembre de 2012, Rec. 3001/2012. Ponente: Amador García Ros. Id. Cendoj:08019340012012107942, Num.: ECLI: ES:TSJCAT:2012:12548. Num. Roj.: STSJ CAT 12548/2012.

8.7- Anexo VII- Sentencia del Tribunal Supremo 4262/2014, de 15 de octubre de 2014. Num. Recurso: 492/2014. Ponente: Dña. María Luísa Segoviano Astaburuaga.

8.8- Anexo VIII- STS 4641/2012, de 23 de abril de 2012. Num. Recurso: 2724/2011. ECLI: ES:TS:2012:4641. Ponente: José Manuel López García de la Serrana. Id: Cendoj: 28079140012012100455.

8.9- Anexo IX- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, 3650/2013, de 4 de septiembre de 2013. ECLI: ES:AN:2013:3650. Ponente: Ricarlo Bodas Martin. Num. Recurso: 240/2013. Num: Resolución: 155/2013. Id. Cendoj: 28079240012013100159.

8.10- Anexo X- Sentencia del Tribunal Supremo 5515/2014, de 18 de noviembre de 2014, ECLI: ES:TS:2014:5515. Ponente: José Manuel López García de la Serrana. Recurso: 65/2014. Id. Cendoj: 28079140012014100741.

8.11- Anexo XI- STSJ GAL 5673/2017, de 18 de septiembre de 2017.ECLI: ES:TSJGAL:2017:5673. Ponente: Rosa María Rodríguez Rodríguez. Num. Recurso: 1161/2017. Num. Resolución: 4261/2017. Id Cendoj: 15030340012017104042

1- INTRODUCCIÓN.

En el mundo en que nos movemos, unos de los ámbitos más importantes de la vida es precisamente el ámbito laboral. Todos hemos de trabajar para poder vivir en un mundo prioritariamente económico y de subsistencia, y es por ello, que la mayor parte de nuestro tiempo nos movemos interactuando con otras personas dentro del ambiente laboral.

No es menos lógico pensar que, como sucede siempre que se crean relaciones con otras personas, trátase dentro del campo que sea, familiar, laboral, vecinal o cualquier otro, surgen los inevitables conflictos y las relaciones de poder y, en el ámbito que nos ocupa, esto sucede tanto entre compañeros, como con los superiores jerárquicos de la empresa e incluso con las Administraciones Públicas que actúan y forman parte integrante del mismo.

Este trabajo pretende profundizar en algunas de las posibles situaciones que se producen dentro del campo laboral y en las que, de alguna manera, se incumplen, a veces incluso de forma involuntaria o por desconocimiento; o se intentan incumplir, por lo que ya hay una intencionalidad; las normas que están fijadas y legisladas, al objeto de evitarlas.

De este modo, he tratado de abarcar algunos de los mecanismos de control que hay para intentar evitar, precisamente, que ello suceda y, en los supuestos incluidos en el presente trabajo, se puede ver como este control puede surgir bien a través de inspecciones realizadas por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de motu proprio; bien por cursarse denuncia ante dicho Organismo por parte de alguna persona, que puede ser ajena al hecho en sí, o parte integrante del mismo; e incluso por parte del Graduado Social que, en su función asesora a las empresas, o a los trabajadores que a ellos acudan, han de velar por que las normas y procedimientos se cumplan y todo se realice conforme a Derecho.

Por otro lado, no he querido centrarme y profundizar en un único tema, bien sean contrataciones, jubilaciones, prestaciones o cualquier otro, si no que he intentado recoger algunos de los temas más problemáticos o comunes, dentro de los cuales se encuentran los ya citados, y reflejar las infracciones que se pueden llegar a cometer, según de qué se trate, y de qué hechos se cometen y,

como no podía ser de otra manera, la pena que se impone al infractor, vía multa pecuniaria, recargos o incluso pérdidas de derechos, y ello para tratar de profundizar en varias normativas y fijar más los conocimientos adquiridos a lo largo de mis estudios universitarios.

Espero haberlo logrado y que sea del agrado de los lectores del mismo.

2- SUPUESTO DE ACTUACIÓN INSPECTORA Y CONTRATACIÓN.

Durante la jornada laboral de una empresa constructora se produce una visita inspectora donde, en el transcurso de la cual, se insta a la empresa a que presente ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la documentación relativa a contratación laboral, apertura del centro de trabajo y recibo de salarios del personal contratado.

Se personan en las oficinas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el día convenido el asesor laboral acompañado del representante de la empresa, poniendo a disposición del inspector actuante la documentación requerida.

Este detecta que cinco de los contratos de trabajo son por obra o servicio, tres de ellos de una antigüedad de 2 años y medio, y dos de ellos de apenas un mes. En ninguno de ellos coincidía la obra informada en dichos contratos con la dirección del centro de trabajo donde tuvo lugar la inspección. De hecho, al preguntar por la obra que estaba informada en los mismos se le puso en conocimiento que, en el caso de los contratos de mayor antigüedad, la obra había terminado hacía varios meses, y en el caso de los dos trabajadores con contratos de obra de un mes, si bien la obra objeto del contrato estaba aún activa, ese día estaban prestando sus servicios en la obra donde había tenido lugar la inspección porque se habían retrasado los trabajos y necesitaron que se desplazaran a la misma, alegando que *“tal como se estipulaba en las cláusulas del contrato firmado, el trabajador accedía a desplazarse a los distintos centros de trabajo si era requerido para ello”*

Además, no aportan la documentación relativa a la apertura del centro de trabajo de la obra dónde tuvo lugar la inspección, comunicando el representante de la empresa que la ausencia de la misma se debió a que se consideró que la obra “no iba a ir más allá de tres o cuatro meses y no era necesario”.

A la vista de la documentación aportada y los hechos alegados, el inspector actuante insta al empresario a cambiar la modalidad de contratación de los trabajadores, convirtiendo sus contratos en indefinidos, y abre acta de infracción por los siguientes motivos:

- a) Todos los contratos que tiene en vigor la empresa, a tenor de lo visto, se encuentran en fraude de ley. Los tres contratos de los trabajadores de más antigüedad porque, acabando la obra inicial para la que fueron contratados siguen trabajando en la empresa con un contrato de duración determinada que surgió para una obra concreta y finalizando esta ya dejan de tener efecto, y los otros dos debido a que la modalidad de contratación no es la correcta para los casos en que los trabajadores realizan servicios en distintas obras de la empresa.

Los fundamentos legales para ello se encuentran en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, así como en los artículos 2 y 8 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.

Ahondando en los mismos, tanto el artículo 15 del mencionado Estatuto de los Trabajadores, como el artículo 2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, establecen que los contratos pueden celebrarse por duración determinada en el supuesto en que se contrate al trabajador para la realización de una determinada obra o servicio que tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, y cuya duración, aunque temporal, no se sabe cuándo se termina en el momento de la contratación por tener un límite temporal incierto o desconocido a la fecha de la formalización del contrato.

Pero, además, el artículo 2 del R.D. 2720/1998 lo amplía, estableciendo que se debe especificar en el contrato, claramente y lo más detallado posible cuál es la obra, o servicio, que origina dicha contratación, así como que la duración del contrato es coincidente con la duración de dicha obra o servicio. Ahondando en el articulado de dicho Real Decreto, en su artículo 8, lo deja claro, y en su apartado 1.a) delimita que *“El contrato para obra o servicio determinados se extinguirá por la realización de la obra o servicio objeto del contrato”*.

Al respecto de lo tratado nos encontramos con la Sentencia del Tribunal Supremo, 4379/2005, de 30 de junio de 2005, adjunta en el Anexo I, donde se plantean precisamente cuestiones de este tipo y donde queda reflejada la ilegalidad de este tipo de contratos cuando no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 2 del R.D. 2720/1998.

En la citada sentencia, que además unifica doctrina y se inserta en la Colección Legislativa, se trata, entre otros, el tema de la utilización del contrato por obra o servicio para varias obras, amparándose en las cláusulas de los convenios colectivos tanto general, como el provincial de Málaga, en la que se establece que el trabajador puede prestar sus servicios profesionales en los distintos centros de la empresa, sin especificar en ningún caso de qué obras se trata con el detalle que exige el artículo 2 del R.D. 2720/1998, ni aportando el anexo que incorporan, tanto uno como otro, relativo a la formalización de los acuerdos a los que se llegue en fecha posterior al contrato, y antes de iniciar los trabajos en cada una de las obras nuevas a las que vayan a acudir a realizar sus servicios, teniendo dichos acuerdos escritos que identificar claramente la obra u obras de las que se trate. En este sentido la sentencia es clara, y se concluye que es, a todas luces, un pacto no ajustado a derecho puesto que, entre otros motivos, vulnera lo contenido en el artículo 2.2 a) del R.D. 2720/1998, de 18 de diciembre y en ningún caso convenio alguno puede ir en contra de las normas legales de carácter mínimo necesario, como lo es el artículo 15.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

- b) En lo relativo a la ausencia de comunicación de apertura del centro de trabajo, esta es obligatoria según queda establecido en el Real Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales, en su artículo 6.1, y que desarrolla la Orden TIN/1071/2010, de 27 de abril. En dicha Orden se establece en su artículo 1.2 que dicha comunicación de apertura del centro del trabajo es obligación del empresario, independientemente de la actividad que realice y de otras comunicaciones que deba efectuar. Además, establece en su artículo 2, que dicha comunicación de apertura del centro de trabajo ha de ser presentada de manera previa, o en los siguientes 30 días del hecho que lo ha motivado.

Las infracciones detectadas en este supuesto, son calificadas según el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

De este modo, en el primer caso, en la subsección 1ª de dicho texto normativo, sobre infracciones en materia de relaciones laborales tanto individuales como colectivas, se establece en el artículo 7.2 como infracción grave la transgresión de la norma en cuanto a las modalidades contractuales utilizadas de manera fraudulenta. Y en el segundo de los casos, referido a la ausencia de la comunicación de apertura del centro de trabajo, queda recogida como infracción leve en la Sección 2ª, relativa a infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, en el artículo 11.3 de la LISOS.

Dichas infracciones están relacionadas, según su importancia o gravedad, con imposición de sanciones, quedando las mismas recogidas, dentro del mismo Real Decreto Legislativo en su artículo 40. En el caso de infracción leve, y según en qué grado se considere que ha sido, según si es un hecho reiterado del empresario o no, por ejemplo, puede ser objeto de sanción pecuniaria que comprenderá desde los 60 euros en su grado mínimo hasta los 625 euros en su grado máximo. En el caso de la infracción calificada como grave, y también considerando distintos grados, puede ser multada con importes que van desde los 626 euros, en su grado mínimo, hasta los 6.250 euros en su grado máximo.

3- SUPUESTO DE ACTUACIÓN INSPECTORA, EXTRANJERÍA Y PRESTACIONES.

3.1- ACTUACIÓN INSPECTORA, SANCIONADORA Y EXTRANJERÍA.

Como resultado de una visita inspectora a una empresa dedicada a la restauración, el inspector actuante detecta que se encuentran trabajando como camareros en el momento de la visita, tres trabajadores extranjeros no comunitarios, de los cuales, dos de ellos no tenían autorización de trabajo, ni permiso de residencia, y el tercero, aun teniendo la documentación en regla, no constaba de alta en la Seguridad Social.

Según el artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, los extranjeros mayores de 16 años, para poder trabajar remuneradamente en España han de obtener autorización administrativa de residencia y trabajo, siendo la autorización de trabajo autorizada conjuntamente

con la de residencia, salvo determinados supuestos, como pueden ser los familiares reagrupados en edad laboral; como el cónyuge, pareja de hecho, o los hijos en edad de trabajar; a los hijos de ciudadanos de países de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, siempre que lleven un año residiendo en España de forma legal, y al hijo que por alguna circunstancia no le fuera aplicable el régimen comunitario; o al cónyuge, al hijo o hija, de un extranjero residente legalmente que tenga su permiso de trabajo ya renovado.

Dichas autorizaciones iniciales, además, se hacen efectivas en el momento en que el trabajador es dado de alta en la Seguridad Social, pues están condicionadas a ese momento.

Por otro lado, y siguiendo el mismo artículo en su apartado cuarto, el empleador es el que solicita dicha autorización, acompañando dicha solicitud, obligatoriamente, con un contrato de trabajo que garantice que, durante la vigencia de la autorización, el trabajador extranjero va a ejercer una actividad de forma continuada. Esta cuestión queda recogida en la STS 656/2017 de 31 de enero de 2017, en la que profundizaré posteriormente, en el apartado Primero punto 2 del voto particular de la Magistrada Excm. Sra. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, dicha sentencia la incluyo en el Anexo II de este documento.

En el caso del trabajador extranjero, que aun teniendo su documentación en regla y estar en situación regular, no consta de alta en la Seguridad Social, el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en el Capítulo II, Sección 1ª sobre inscripción de empresas y la afiliación de trabajadores, establece en su artículo 139.1, que los empresarios están obligados a solicitar la afiliación, y a comunicar el ingreso en su plantilla, de los trabajadores que ingresen a su servicio, siendo los plazos y forma de hacerlo según lo establecido en el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. En dicho Real Decreto, en su artículo 32, se establece que las solicitudes de alta deben presentarse con carácter previo al inicio de la prestación de servicios del trabajador, siendo los sujetos obligados quienes tienen que presentarla; si por cualquier motivo no se hiciera con carácter

previo el empresario podrá presentarla fuera del plazo establecido, sin perjuicio de las responsabilidades en las que haya podido incurrir. Siendo el trabajador extranjero, como lo es en este caso, queda recogido en el artículo 42 del mismo Real Decreto, regulando que los trabajadores extranjeros que cumplan con los requisitos legales para poder trabajar en España se equiparan a los trabajadores españoles a efectos de la afiliación y alta, debiendo acompañarse junto con las solicitudes de alta y afiliación la documentación acreditativa de su nacionalidad y la correspondiente autorización para trabajar o, por el contrario, aquella documentación que acredite la excepción de obtenerla en el caso de extranjeros comunitarios.

Ante estos hechos se levanta acta de infracción por los siguientes motivos:

- a) El hecho de encontrarse trabajando dos extranjeros no comunitarios sin la documentación en regla; ésta es permiso de residencia y autorización para trabajar; es motivo de infracción laboral para la empresa, según queda establecido en el artículo 54 apartado d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que la tipifica como infracción muy grave.
- b) La misma Ley establece, en el segundo caso de este supuesto, en su artículo 53.2, también como infracción muy grave, el hecho de tener a un trabajador extranjero, que previamente ha solicitado y obtenido su autorización de residencia y trabajo, sin ser dado de alta en la Seguridad Social.

En base a ello, en la misma Ley Orgánica 4/2000, en el artículo 55 se cuantifican las sanciones según su gravedad. De esta manera, en el apartado c) queda recogida, para las infracciones muy graves, la imposición de multa que puede oscilar desde los 10.001 hasta los 100.000 euros, pudiendo verse este importe incrementado, según se establece en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en su artículo 48, en la cuantía que dé como resultado el cálculo de lo que hubiera correspondido ingresar, y no se ingresó, por cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos, desde el momento en que comenzó la prestación de servicios

del trabajador extranjero hasta el último día en que se verifique la citada prestación.

Además, en el acta de infracción que se levante al efecto por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la propuesta sancionadora habrá de especificar qué parámetros se han utilizado para el cálculo de la cuantía total de la multa. La imposición de las sanciones pertinentes le corresponde al Subdelegado del Gobierno o al Delegado del Gobierno en la Comunidades Autónomas Uniprovinciales.

En lo que se refiere al trabajador, el hecho de no tener permiso de residencia y carecer de la pertinente autorización de trabajo constituye una infracción grave, con multa que oscila entre los 501 hasta los 10.000 euros, según queda establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en los artículos 53.1 b) y 55.

En este caso, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social remite el acta de infracción como propuesta de sanción ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), siendo dicho Organismo el que abre el expediente sancionador correspondiente.

3.2 - EXTRANJERÍA Y PRESTACIÓN POR DESEMPLEO.

Por otro lado, la carencia de la autorización correspondiente no invalida el contrato de trabajo, en lo que se refiere a los derechos del trabajador extranjero, ni le impedirá obtener las prestaciones que se deriven de los acuerdos internacionales, que dan protección a los trabajadores, y que le pudieran corresponder, tal y como se recoge en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la nueva redacción que hace del artículo 36, en su artículo único, capítulo III, punto 39, apartado 5, lo cual queda recogido en la Sentencia Social del Tribunal Supremo 4894/2013, Sala de lo Social, Sección I, Rec. 2398/2012 de 17 de Septiembre de 2013, que se incorpora en el Anexo III.

En dicha sentencia, la empresa detecta que el trabajador extranjero no comunitario, que tenía contratado desde el año 2004 hasta el 2011, se encontraba desde el año 2008 en situación irregular por carecer de permiso de

trabajo y residencia y, por ello, procede a comunicarlo mediante carta a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), la cual, después del oportuno expediente, del que se informó al trabajador, al cual se le instó a presentar la documentación pertinente, procede a darle de baja de oficio desde la fecha en que comenzó dicha situación irregular.

En el Fundamento Primero de la comentada sentencia se especifica que, en unificación de la doctrina, lo que se debate es si un trabajador extranjero irregular tiene, o no, derecho a las prestaciones que le son inherentes a un despido improcedente y, en el Fundamento Segundo de la misma, se avala la respuesta en base al artículo 36.5 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España, en el cual, como ya he reflejado, se dispone que no invalida el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador afectado, y en base a ello se falla la estimación del recurso de casación para la unificación de la doctrina sobre despido.

En materia de las prestaciones sociales a las que pueden acceder los trabajadores extranjeros que en algún momento se hubieran encontrado en España en situación irregular, tanto si esta fuera sobrevenida tras haber estado regularmente en España, o inicialmente y posteriormente regularizada su situación, hay dos sentencias claves y muy controvertidas que hablan al respecto, siendo una de ellas, la que cité de manera muy somera anteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo 656/2017, de 31 de enero de 2017 y la otra la Sentencia del Tribunal Supremo 650/2017 de la misma fecha, siendo el ponente de ambas el Excmo. Sr. Magistrado Don Miguel Ángel Luelmo Millán.

La sentencia 650/2017 (recurso 3345/2015), incorporada en anexo IV; versa sobre un extranjero que, sin contar con las obligatorias autorizaciones para trabajar en España, y sin haber sido dado de alta en la Seguridad Social, fue despedido y reconocida la improcedencia de dicho despido, dando por zanjada la relación laboral irregular que había existido hasta ese momento.

Posteriormente, el mismo trabajador, ya con su situación irregular resuelta y con los papeles en regla, que le permitían legalmente la realización de un trabajo en este país, estuvo contratado y trabajando en otra empresa y, tras haber finalizado la relación laboral que mantenía, quiere acceder a las prestaciones de desempleo a las que considera que tiene derecho, siendo

denegada tal petición por el Servicio Público de Empleo Español, por no acreditar el tiempo mínimo de cotización exigido para el acceso a las mismas, siendo dicho plazo como mínimo de 360 días durante los últimos 6 años y siempre que dichas cotizaciones no se hayan utilizado para solicitar en un momento anterior otra prestación o subsidio.

Por otra parte, en la sentencia 656/2017 (recurso 1153/2015) el trabajador comienza la relación laboral con la empresa estando en situación irregular y sin ser dado de alta en la Seguridad Social. Posteriormente, el trabajador legaliza su situación y la misma empresa le hace un contrato temporal, transformándolo en indefinido. Dicha relación laboral finaliza a través de un despido declarado improcedente, pero en dicho despido se le reconoce la antigüedad que tenía desde un principio, es decir, se le computa el período en el cual el trabajador estuvo realizando su trabajo en situación irregular. En este caso, también el trabajador reclamó el incremento del número de días reconocidos de prestación de desempleo, en su forma contributiva, por el período en que estuvo trabajando en situación irregular, por considerar que tenían que ser tomados en cuenta para el cálculo de los días reconocidos para su obtención.

En ninguna de las citadas sentencias se tuvo en cuenta, en los cálculos pertinentes para el reconocimiento de la prestación, la cotización correspondiente a los periodos en los que los extranjeros se encontraban en situación irregular, al carecer de los necesarios permisos de residencia y trabajo, y el debate en ambas sentencias es debido, a que en sentencias anteriores se había reconocido, en unos casos, el período irregular para la toma en consideración de los días reconocidos para la percepción de la prestación por desempleo, y en otros no, dependiendo de si en el momento de solicitar dicha prestación, los trabajadores extranjeros estaban en situación regular o no; y debido a ello; al entender que existía contradicción doctrinal; surgen estas sentencias consecuencia de recursos de casación para la unificación de la doctrina.

Tal y como se ha establecido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la Ley General de la Seguridad Social, en su artículo 203.1; actualmente artículo 262.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, acerca

de la protección por desempleo, establece que son objeto de dicha protección aquellos que, y cito literalmente, “...*quienes pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato...*” y, dicho esto, parece claro que un extranjero en situación irregular no podría acceder a tal protección, puesto que, aunque quisiera trabajar no puede, según se recoge legislativamente por medio del artículo 36.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, donde se dice que todo extranjero mayor de dieciséis años para poder trabajar en España necesita de la correspondiente autorización administrativa, tanto para residir como para trabajar, no encontrándose en esta situación aquel extranjero que no disponga de tales autorizaciones; quedando claramente legislado en el mismo artículo 36 en su apartado 5, donde se dice textualmente “*En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo*”.

En lo referente a si entra, o no, dentro del cómputo de días reconocidos para la obtención de la prestación por desempleo el período trabajado en situación irregular por el extranjero, sea esta inicial o sobrevenida, tendremos que remitirnos al artículo 266.c) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. En dicho artículo se legisla, como requisito para el nacimiento del derecho a las prestaciones por desempleo, el estar legalmente en situación de desempleo, el poder acreditar estar disponible para la búsqueda activa de empleo y, poder aceptar una colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad requerido en el mismo cuerpo normativo.

Además, el mismo artículo en su apartado e) también establece como requisito el estar inscrito como demandante de empleo en el momento de solicitar el derecho a la prestación por desempleo. Dicha inscripción como demandante de empleo, para los trabajadores extranjeros no comunitarios, se encuentra regulada en la Orden TAS/3698/2006, de 22 de noviembre, por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación, que fue modificada por la Orden TAS/711/2008, de 7 de marzo. En la mencionada Orden, en su artículo 1 se dispone que pueden inscribirse como demandantes de empleo, únicamente ,

los extranjeros no comunitarios, que siendo mayores de dieciséis años, y que aplicando la norma vigente sobre permanencia y trabajo que se exige a los extranjeros en España, tengan reconocido el acceso al mercado de trabajo, ampliando en su artículo 2 cuáles son los documentos acreditativos que dan derecho de acceso al mercado de trabajo, siendo factor común en todos ellos el disponer de autorización administrativa para trabajar, o estar en condiciones de poder acceder a ella, además de contar con la preceptiva autorización de residencia.

Siendo esto así, un trabajador extranjero que se encuentre en algún momento en situación irregular en nuestro país, no puede cumplir con dichos requisitos que son determinantes a la hora de tener derecho al cómputo de los plazos para la obtención de la prestación por desempleo, y debido a ello resultaría imposible que, durante los períodos en los que ejerciera una actividad remunerada de cualquier tipo en nuestro país en situación irregular,

se pueda originar el derecho al nacimiento de la prestación debatida.

4. SUPUESTO DE ACTUACIÓN INSPECTORA ANTE DENUNCIA SOBRE TRABAJO Y JUBILACIÓN.

4.1- SOBRE TRABAJO Y JUBILACIÓN.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social recibe una denuncia formal por parte de un antiguo trabajador de una empresa dedicada a la restauración.

En dicha denuncia se expone que se encuentra trabajando como cocinero en el momento actual y desde hace varios años, una persona de sesenta y ocho años, ya jubilada, sin ser dado de alta en la Seguridad Social.

Ante estos hechos, y tras varias actuaciones, la Inspección de Trabajo realiza una visita al centro de trabajo informado y en la misma constata que, en ese momento, y tras pedir la identificación de todos los presentes, se encontraba trabajando efectivamente la persona citada en la denuncia. El inspector de trabajo insta a la empresa a presentar los contratos de trabajo de todos los presentes, los justificantes de pago de los seguros sociales y documentos de alta de todos los trabajadores.

Al presentarse el Graduado Social, en representación de la empresa, ante la Inspección de Trabajo, en la fecha y hora señaladas, se hace constancia de que el citado cocinero jubilado no constaba de alta en la Seguridad Social, careciendo de contrato de trabajo. Según transmite el Graduado Social, en nombre de la empresa, la persona en cuestión había sido cocinero en la empresa por muchos años y en el momento de la visita únicamente *“había ido a echar un cabo”*, tratándose de un trabajo amistoso excluido por el artículo 1.3 d) del Estatuto de los Trabajadores del ámbito de las Relaciones Laborales, en donde se articula que los trabajos que se realicen a título de amistad, benevolencia o buena vecindad están excluidos de su campo de actuación.

El Inspector actuante recoge toda la documentación que le aporta el representante de la empresa, y le comunica que dentro de las facultades que tiene conferidas por el artículo 13 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, va a proceder a verificar los datos aportados practicando las diligencias de investigación, que, dentro de su campo de actuación, considere oportunas.

Según el artículo 134 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y cito textualmente, *“Las entidades gestoras y colaboradoras y los servicios comunes de la Seguridad Social prestarán su colaboración a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en orden a la vigilancia que esta tiene atribuida respecto al cumplimiento de las obligaciones de empresarios y trabajadores establecidas en la presente ley.”* En base a ello, se informa a instancia de la Inspección de trabajo y Seguridad Social, que el citado trabajador consta como jubilado en el sistema desde el año 2016, jubilándose a los sesenta y cinco años tras tener cotizados cuarenta y dos años, cumpliendo con lo regulado según la Disposición Transitoria 7ª del RD Legislativo 8/2015, en cuanto a edad de jubilación y años cotizados, y que por ello está percibiendo la correspondiente pensión de jubilación, sin que conste en el sistema que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas de jubilación parcial o flexible.

En la vida laboral, del jubilado en cuestión, consta que había estado prestando sus servicios como cocinero, en la empresa objeto de la inspección,

en los últimos veinte años, y que en los dos años y medio previos a solicitar su jubilación habían aumentado sus bases de cotización aproximadamente un treinta por ciento, siendo dicho incremento muy superior al incremento medio interanual que experimentara el convenio colectivo de aplicación a la empresa, y sin que hubiese variado su categoría o grupo profesional.

Además, según los contratos del resto del personal puestos a disposición de la Inspección por la empresa, no había ningún trabajador contratado con la categoría de cocinero, siendo los contratos puestos en su haber de dos ayudantes de cocina, un freganchín y cinco camareros, siendo todos ellos contratos temporales por circunstancias de la producción y de ellos cinco son formalizados a tiempo parcial.

Tras varias averiguaciones y peticiones de documentación adicional a la empresa, se llega a la conclusión de que tras, la jubilación obtenida, el citado cocinero no ha dejado de prestar en ningún momento sus servicios en el restaurante inspeccionado, ya que el funcionario actuante constata la asiduidad a la hora de acudir al restaurante, a la vista de la documentación puesta a disposición del mismo, donde aparecía su firma de manera continuada, como es, por ejemplo, en los documentos relativos a los menús realizados, pedidos a proveedores, así como en las facturas de las mercancías entregadas; como de la propia observación en los días previos a la acción inspectora; unido al hecho de que el empresario no aportó pruebas que demostraran la relación de amistad aducida, como tampoco la ocasionalidad de la tarea que realizaba en ese momento el citado cocinero jubilado, debido a todo ello es por lo que se levanta acta de infracción en referencia al trabajo fraudulento realizado por el trabajador en cuestión.

En cuanto a ésta, y según el artículo 15 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, las actas que se extiendan por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y formalizadas según los requisitos legales, están dotadas de presunción de certeza en relación a los hechos y circunstancias que se hayan reflejado en ellas y que hayan sido constatadas por el funcionario actuante, salvo prueba en

contrario, sin perjuicio de las pruebas que los interesados puedan aportar como defensa de sus intereses, conforme a lo recogido en el artículo 23 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Esta presunción de certeza, de las actas de inspección, se fundamentan en la especialización técnica, objetividad e imparcialidad que tiene el funcionario actuante, tal y como queda recogido en la STSJ CAT 4773/2011, de 11 de mayo de 2011 (Anexo V).

En la mencionada sentencia se recurre un pronunciamiento judicial desfavorable hacia una empresa por declarar estimatoria la existencia de una cesión ilegal de trabajadores entre empresas, pretendiéndose una nueva revisión de las reglas utilizadas para la valoración de las pruebas aportadas, aduciendo no concurrir, y cito textualmente, una “*causa hábil de nulidad del razonamiento judicial*” sino una “*crítica valoración de la prueba*” efectuada de acuerdo a lo que dispone el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Así, en el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia referenciada se establece, en el párrafo séptimo, en relación al Informe de Inspección lo comentado anteriormente y que es que, dicho informe, puede ser valorado judicialmente como una prueba más, siendo esta prueba considerada con presunción de certeza o veracidad respecto de los hechos que el funcionario actuante haya constatado personalmente, y ello debido a la especialidad técnica del mismo, así como a su imparcialidad ante los hechos, aunque no se constituye como prueba que no admita otra en contra, y ello según se estableció en la, ya derogada Ley 42/1997, de 4 de diciembre, pero que se sigue considerando de igual forma en la actual ley 23/2015, de 21 de julio.

En el acta de inspección que se levanta al respecto de lo comentado se recogen los siguientes hechos:

- a) En relación a la empresa, el hecho de incrementar en los últimos años previos a la jubilación la base de cotización de los trabajadores, de forma injustificada puede considerarse como cotización fraudulenta y no ser tenidas en cuenta para el cómputo de la jubilación. Así según el R.D. Legislativo 8/2015 de la Ley General de la Seguridad Social, en su artículo 209, se establece que no se podrán computar para

determinar la base reguladora de la pensión de jubilación los incrementos de las bases de cotización que se hayan producido en los dos últimos años, cuando estos sean superiores al incremento medio interanual que haya experimentado el convenio colectivo de aplicación, o de no haberlo, el que correspondiera al sector.

En concordancia con este caso nos encontramos con la Sentencia Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 7832/2012, Sala de lo Social, Sección 1, Rec. 3001/2012 de noviembre de 2012 (Anexo VI). En dicha sentencia, recurso de la Sentencia del Juzgado de lo Social 8 de Barcelona, de fecha 2 de diciembre de 2018, con número de procedimiento 1098/2010, se trata el tema del fraude por aumento de cotizaciones en los años inmediatamente anteriores al hecho causante de la jubilación, como consecuencia de una demanda admitida a trámite de una auxiliar administrativa que, alegando las continuas bajas médicas del administrador de la empresa, que por otro lado se trataba de su cuñado, tuvo que asumir más funciones que las que le correspondían como auxiliar, y debido a ello se incrementaron sus bases de cotización, no estando conforme con la base reguladora reconocida para el cálculo de su pensión de jubilación, ya que no se tuvo en cuenta para el cálculo de la misma el incremento de la base de cotización de los últimos años (en concreto del período de 8-2005 a 7-2009).

A tenor de lo expuesto, se concluye en la sentencia que no se ha probado que la actora haya tenido que realizar más funciones que las inherentes a su puesto, como consecuencia de la baja de su cuñado y administrador, a la par que, si el motivo real del aumento de las cotizaciones hubiera sido el alegado, en el momento de finalizar las bajas médicas aducidas tendrían que haber disminuido nuevamente las bases de cotización, y no se hizo tal cosa, entendiéndose que el motivo real, aplicando el artículo 386 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha sido una connivencia entre la trabajadora y el administrador de la empresa con la finalidad de mejorar la base reguladora que se reclama, siendo el fallo desestimatorio en reclamación de las diferencias solicitadas de la pensión de jubilación y aseverando la sentencia objeto del recurso.

Según lo visto, y siguiendo con el caso que nos ocupa sobre el cocinero de la empresa inspeccionada, se levanta acta de infracción con propuesta sancionadora que, siguiendo el R.D. Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, en el Capítulo III, sobre infracciones en materia de Seguridad Social, en el artículo 23.1 apartado e) se califica como muy grave y se sancionarán, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del mismo cuerpo normativo en su apartado c), con multa que oscilan en su grado mínimo con importe entre 6.251,00 a 25.000 euros, en su grado medio entre 25.001 y 100.005 euros y en su grado máximo entre 100.006 y 187.515 euros.

b) Además, la empresa incurre también en infracción en materia de Seguridad Social por el hecho de tener a un trabajador sin haber instado su alta en dicho organismo, tal y como es su obligación según lo recogido en el artículo 139 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aunque por el citado trabajador la empresa hubiera estado excluida de cotizar por contingencias comunes, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, según el artículo 152 del mismo Real Decreto Legislativo.

La infracción detallada en el párrafo anterior se tipifica como grave según el artículo 22.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) y se le podría imponer una sanción a la empresa consistente en multa, según el artículo 40 de la LISOS en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.

Pero en este caso, hay que tener en cuenta que la persona que está trabajando sin haber sido dada de alta en la Seguridad Social, se encuentra percibiendo una prestación por jubilación, por lo que hay que estar a lo recogido en el artículo 23.1 a) en el que se considera como infracción muy grave el hecho de dar ocupación en la empresa en condición de trabajadores a personas que se están beneficiando de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, alcanzando también a los meros solicitantes de las mismas, y cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, en el caso de que

no se les haya dado de alta en la Seguridad Social en un momento anterior al inicio de la actividad. Es por ello, que la sanción que se contempla en el artículo 40.1 e) en su punto 2, del mismo texto normativo, es de multa que oscilará en su grado mínimo de 10.001 a 25.000 euros, en su grado medio, de 25.001 a 100.005 euros y, en su grado máximo, de 100.006 a 187.515 euros.

Siendo esto así, que se están cometiendo dos infracciones por parte de la empresa en relación a un mismo hecho, dígase la ausencia de alta en la Seguridad Social más la incompatibilidad de trabajo con pensión, y siguiendo el principio del “non bis in ídem”, por el que no se puede sancionar dos veces por los mismos hechos, se abriría expediente sancionador por la más grave que, en este caso, se trata de la infracción por la incompatibilidad del trabajo con la percepción de la prestación por jubilación.

- c) En relación con el trabajador jubilado, que sigue trabajando como cocinero en la empresa de manera fraudulenta, cobrando la pensión de jubilación y sin haber solicitado, ni una jubilación parcial que le permita continuar con una actividad remunerada, según lo establecido en el artículo 215 de la Ley General de la Seguridad Social; ni una jubilación flexible, conforme a lo establecido en la Sección 3, artículos 4 a 9 del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible; se aprecia infracción del artículo 213.1 sobre incompatibilidades del R.D. Legislativo 8/2015, en el cual se establece y cito literal, que “ *El disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen.*

No obstante lo anterior, las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan. Durante dicha situación, se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable.”

No siendo esta la situación en la que se encuentra el pensionista infractor, ya que no ha solicitado la jubilación parcial para seguir trabajando y cobrando la pensión en proporción. Caso distinto hubiera sido si el citado jubilado hubiera accedido a la modalidad de jubilación activa, según la cual, y siguiendo con lo recogido en el artículo 214 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), hubiera podido compatibilizar el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, con la realización de cualquier trabajo a tiempo parcial o completo, tanto si es por cuenta ajena como por cuenta propia, ya que ha cumplido con la edad legal para acceder a la pensión, y cumple los requisitos de cotización exigidos para acceder en su modo contributivo, teniendo el porcentaje aplicable a la base reguladora, para determinar la cuantía de la pensión, que alcanzar el 100 %. El trabajador no perdería su condición de pensionista, y percibiría el 50% de la pensión reconocida inicialmente, a menos que realizara una actividad por cuenta propia y llevara a cabo una contratación, en cuyo caso percibiría el 100% de su pensión.

Por otro lado, el trabajador citado está cometiendo infracción sobre el artículo 209 del del R.D. Legislativo 8/2015 por el mismo motivo de infracción que por parte de la empresa, este es el aumento injustificado de su base de cotización en los años previos a la solicitud de la prestación por jubilación.

Por lo anteriormente expuesto, la Inspección de Trabajo emite informe al INSS que será el que determine la sanción correspondiente, tratándose, por parte de la persona en cuestión, de infracción muy grave, según el artículo 26 en sus puntos 1 y 3, debido al aumento indebido de las bases de cotización, y connivencia con el empresario para ello, con la finalidad de percibir una mayor prestación contributiva por jubilación de la que le hubiera correspondido; y por otro lado, comete infracción grave, según el artículo 25.1 por el hecho de seguir trabajando durante la percepción de dicha prestación. En base a ello, y remitiéndome al artículo 47.1 b) del el R.D. Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, se le podría sancionar con pérdida de la pensión durante un período de tres meses en el caso la infracción grave del artículo 25 y, por las muy graves, según el artículo 26 del mismo articulado, con pérdida de la pensión por un periodo de seis meses, pero volviendo al principio mencionado anteriormente del “non bis in

ídem” se aplicaría solo una de ellas, que sería la correspondiente a la infracción más grave de las dos.

4.2- SOBRE MODALIDADES CONTRACTUALES

En lo relativo al resto de las contrataciones que mantiene la empresa con sus trabajadores, se constata que todos los contratos son de duración determinada por circunstancias de la producción, siendo además cinco de ellos a tiempo parcial.

El funcionario actuante, tras solicitar los datos y antecedentes de dichos trabajadores en la empresa, según poder que le confiere el artículo 21 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LOISTSS), detecta que dos trabajadores llevan en la empresa, mediante contrataciones del mismo tipo, cinco años. Así mismo, en los contratos aportados por el Graduado Social de la empresa, el motivo de la contratación siempre es el mismo y se describe como *“consistentes en trabajos de restauración por incremento de pedidos”*.

En el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, se establece que esta modalidad contractual puede utilizarse en aquellos supuestos en los que, y cito textualmente, *“las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o excesos de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa”*, del mismo modo, y en cuanto a la duración de los mismos, se recoge que podrán tener una duración máxima de seis meses, dentro de un período de doce meses, aunque esto dependerá de si el convenio de aplicación permite una duración mayor pero, aun así, no excederá de doce meses dentro de un período de dieciocho meses.

En dichas contrataciones no se está cumpliendo con el período máximo estipulado, sino que entre contrato y contrato media un período de, en algunos casos un mes, en otros 15 días, o tres meses. Además, según el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en su artículo tercero punto segundo se determina que dicho tipo de contratación ha de identificar con la mayor precisión posible la causa o circunstancia que lo justifique, así como fijar la duración que va a tener.

En el caso que nos ocupa, ninguna de las contrataciones temporales tenía una causa que lo justificara, ya que no coincidían en el tiempo con períodos de posible incremento de clientes, por ejemplo, con períodos vacacionales por Navidad o verano, sino que realmente son contrataciones que se producen porque la empresa en sí necesita de esa plantilla durante el año, ya que se comprueba que el promedio de plantilla anual no varía de un año a otro.

No entra el funcionario actuante, por no disponer de pruebas ni causa que justifique dicha valoración, si en periodos de posibles incrementos se hayan establecido relaciones laborales fraudulentas, como el uso de extras sin contrato de trabajo ni altas en la Seguridad Social, sino que ha de atenerse a la documentación y hechos que si puede probar, y lo que sí puede constatar es que la empresa ha estado haciendo un uso fraudulento de las contrataciones temporales por circunstancias de la producción al no atenerse a las exigencias que sobre dichas contrataciones se establecen en el artículo 3.2 a) del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del ET.

Al hilo de este tema tenemos la Sentencia del Tribunal Supremo 4262/2014, de 15 de octubre de 2014, cuya ponente fue Dña. María Luísa Segoviano Astaburuaga (Anexo VII). Dicha sentencia, que es recurso de casación de sentencias anteriores, y que según el artículo 219 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), cuando existen sentencias dictadas en suplicación que fueran entre sí contradictorias con otras, concurriendo o bien los mismos litigantes u otros con situaciones exactamente iguales, y con las mismas pretensiones hubieran llegado a conclusiones o pronunciamientos diferentes puede instarse recurso de casación.

En las sentencias que provocan dicho recurso se trata de determinar el tipo de relación que mantenían los trabajadores con la empresa y, a la vista de esta, cuál es la fecha de antigüedad a considerar.

La demanda que origina el recurso de casación versa sobre un trabajador de una compañía aérea que ha suscrito desde el año 2004 hasta el año 2011 varios contratos temporales por circunstancias de la producción con la empresa, siendo la conversión a indefinido en abril de ese último año y extinguiéndose la relación laboral en octubre del mismo año. El recurrente, en este caso, alega

infracción del artículo 15 del E.T. en relación con el artículo 3 del RD 2720/1998 de 18 de diciembre por el que dicho artículo del E.T. se desarrolla.

Analizando las contrataciones se deduce, en primer lugar, que los contratos temporales utilizados no están amparados por dicho artículo puesto que no queda acreditada la concurrencia de ninguna necesidad o circunstancia extraordinaria que lo justifique y, en segundo lugar, por la repetición que se hace de dicha modalidad contractual, siendo en este caso clara la persistencia de la necesidad de trabajo en periodos de seis meses, siendo más apropiado por tanto la utilización, por parte de la empresa, de un contrato indefinido de carácter discontinuo, que es el que responde ante la necesidad de contratación normal y permanente de la empresa pero que se presentan normalmente de forma cíclica.

Se concluye diciendo que el recurso queda estimado, en virtud de la no justificación de la causa o circunstancia que los motivó, y porque tampoco ha acreditado la parte demandada la temporalidad de la prestación contratada y, por ello, al no cumplir con las exigencias señaladas en el artículo 3.2 a) del RD 2720/1998 el contrato ha sido celebrado en fraude de ley. En base a lo expuesto, las contrataciones se presumen celebradas por tiempo indefinido según los artículos 15.3 del ET y 9.3 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, siendo que la antigüedad que ha de imputarse, a la vista de lo concluido, es la relativa al comienzo de la primera contratación temporal. El fallo de la sentencia objeto de examen es estimatorio de las pretensiones del recurrente y estimatorio del recurso de casación presentado para la unificación de la doctrina.

5.- SUPUESTO EXPEDIENTE REGULACIÓN DE EMPLEO (ERE) ENCUBIERTO.

Una sociedad limitada cuya actividad es la de fabricación de piezas cerámicas sufre un “boicot” por parte de sus empleados y a 31 de diciembre siete trabajadores, de una plantilla total de 15, solicitan la baja voluntaria, quedándose la empresa con 8 trabajadores a fecha 1 de enero. Los trabajadores “fugados” abren otro negocio a menos de 600 metros del anterior, consiguiendo llevarse a gran parte de los clientes de la primera empresa.

Desde el primer mes se hace notoria la disminución de los pedidos y ventas de la empresa, y el administrador de la misma adopta la decisión de no renovar el único contrato que tenía de duración determinada, cuyo vencimiento era durante el mes de febrero, y despedir a un trabajador con contratación indefinida, puesto que la merma en las ventas había ocasionado la consiguiente disminución en la producción.

Dicho despido, tras consultarlo con el Graduado Social de la empresa, se formalizó mediante un despido objetivo por causas de la producción, conforme al artículo 52 c) del E.T. en relación al artículo 51.1 del mismo texto normativo, con fecha principios de marzo, y con los requisitos establecidos según el artículo 53.1 del mismo, estos son: 1.- comunicación escrita expresando la causa, 2.- entregar al trabajador, de manera simultánea a la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores al año con un límite de doce mensualidades, y 3.- concediéndole durante el periodo de preaviso de quince días; y conforme al punto dos del mismo artículo; un permiso retribuido de seis horas semanales para que pudiese buscar un nuevo empleo.

A 31 de marzo la disminución en la cifra de negocios alcanza el 71% y, ante esta situación, el empresario decide plantear tres nuevos despidos por las mismas causas objetivas, de tres trabajadores auxiliares de taller cerámico, exponiendo que debido a la baja demanda que estaban teniendo sus productos, esos recursos humanos, en ese momento, estaban ociosos no siendo necesarios, y que hasta que no se saliera del “*bache*” no podía seguir manteniéndolos.

Por otro lado, le comunica al Graduado Social, su intención de hacer en breve una nueva contratación de un experto ceramista que conseguiría abrirle el mercado nuevamente, debido a la buena reputación que tenía en ese ámbito y que le traería nuevos clientes, a la par de una posible recuperación de los clientes perdidos. Que dicha contratación estaba aún en negociaciones sobre las condiciones a establecer y que, hasta no tenerlo del todo atado, no podía seguir incurriendo en los costes laborales actuales, con el fin de que la empresa no entrara en pérdidas. Dichos despidos se hicieron efectivos con fecha de finales

de abril, por el mismo motivo que el anterior, es decir, mediante despidos objetivos por causas de la producción.

A principios de mayo, y ya tan solo con una plantilla de tres trabajadores, el responsable de la empresa vuelve a reunirse con el Graduado Social, y le expone, en un primer momento, que las negociaciones con el ceramista descrito no han salido bien y ha de despedir a los tres trabajadores que quedan. En segunda instancia, ya le informa que el ceramista en cuestión realmente si va a trabajar en la empresa, pero que sería a partir de julio o agosto y ha puesto como condición trabajar con su propio equipo de trabajadores, no queriendo a nadie de la plantilla anterior, siendo su idea dejar la actividad durante ese periodo.

En base al matiz que ha tomado el asunto, totalmente inesperado por otra parte para el Graduado Social responsable, este le informa que, siendo así, se debió haber planteado un expediente de regulación de empleo por extinción (ERE) desde un principio, ya que los despidos objetivos iban a sobrepasar los límites legales para considerarse despidos individuales, según lo fijado en el artículo 51.1 del E.T., en donde se recoge que cuando como consecuencia de la cesación total de la actividad empresarial, los despidos objetivos alcancen a la totalidad de la plantilla, y siempre que superen el umbral de cinco trabajadores, así han de ser considerados, como ocurre en este caso en el supuesto de continuar despidiendo al personal de la empresa. Del mismo modo, el asesor le informa que cuando no han pasado 90 días desde la fecha del último despido efectuado y el siguiente se entra en el cómputo mencionado para la realización de un ERE, tal y como se recoge en la STS 4641/2012, de 23 de abril de 2012 (Anexo VIII). En dicha sentencia se trata de determinar cuáles son los límites que marcan el hecho de que un despido sea considerado como despido individual o colectivo, y en concreto en cómo han de computarse los días que median entre despido y despido según se establece en el artículo 51.1 del ET.

El recurso de casación, que da lugar a la sentencia que nos ocupa, se interpone por la contradicción existente en sentencias anteriores a la hora de realizar el cómputo de los 90 días entre despido y despido, a considerar como parte de un expediente de regulación de empleo (ERE), de manera que mientras que en una de las sentencias se computaron las extinciones posteriores a las de los demandantes, como parte integrante del ERE que había tenido lugar

previamente, en la otra sentencia no fueron tenidas en cuenta. Es por ello, que la pregunta que se trata de resolver en este recurso es cómo debe ser computado ese período de 90 días que se establece en el artículo 51.1 del E.T para saber si se ha de hablar de un despido colectivo y, consecuentemente, seguir el procedimiento establecido para un ERE, ya que en sí dicho artículo no fija como debe hacerse dicho cómputo, si hacia atrás, mirando hechos pasados, hacia adelante mirando a futuro, o hacia atrás y hacia adelante, siempre que se trate el período de 90 días.

La sentencia estudiada ahonda en el artículo 51.1 y señala que en el mismo y, al objeto de evitar actuaciones fraudulentas, se recoge que, y cito textualmente, *"Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52, c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley, y serán declaradas nulas y sin efecto"*. De esta lectura se concluye en la sentencia que el día que se marca de cómputo, para definir o delimitar el citado periodo de 90 días, es aquel en el que se efectúa la extinción contractual, de manera que ese día es tanto el día final, como inicial, para el cómputo de los siguientes 90 días. Además, se apoya para la toma de dicha conclusión en el artículo 1 de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. En la misma se dice que el despido es colectivo cuando se superan los límites que la norma establece, y el cómputo del plazo citado es aquel en que se produce el despido, por ser el día en que se superan los límites que hacen que exista despido colectivo, hecho que no existe hasta que no se supere el número de extinciones marcados en la Ley, así en la mencionada sentencia se dice y cito textual *" Apoya esta solución el hecho de que el futuro no se conoce y de que es muy difícil que el legislador de pautas para presumir y sancionar lo que alguien hará o lo que piensa hacer."* y es por ello que se fija el día en que se acuerda la extinción en aquel que hace que los hechos ya sean una realidad y en el cual se sabe que se van a superar

los límites marcados para saber con total certeza que se trata de un despido colectivo conforme a la Ley.

Debido a ello, y volviendo al supuesto que nos ocupa, es por lo que el asesor laboral le dice a su cliente que, si efectúa las tres extinciones contractuales que tiene pensadas, se superaría el límite de cinco despidos por cierre empresarial que determina el artículo 51.1 del E.T. para que sea tratado como un despido colectivo.

En ese momento el cliente cuestiona si, en vez de haber hecho despidos objetivos, la cuestión hubiera variado en caso de que se hubieran realizado despidos disciplinarios, aunque a posteriori se reconocieran como improcedentes ante la Autoridad Laboral. El asesor laboral respondió ante tal pregunta, basándose en la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, 3650/2013, de 4 de septiembre de 2013, incluida como anexo IX. En esa sentencia, aparte de hacerse alusión y referencia en cuanto al cómputo de 90 días a considerar para efectuar un ERE, se debate el motivo de las extinciones realizadas dentro de ese mismo plazo y que daría, igualmente, como resultado la realización del mismo.

Así, y en contraposición con el artículo 51.1 del E.T en el que se establece que se entiende como despido colectivo aquellas extinciones contractuales realizadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el plazo de 90 días, tenemos el párrafo quinto del mismo artículo 51, en el cual se recoge que se tendrán en cuenta también cualquiera otras extinciones contractuales que se produzcan en el período de referencia a considerar, y que hayan acaecido por iniciativa del empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador, distintos de los que prevén en el artículo 49.1.c) del mismo articulado, siempre que alcance al menos a cinco trabajadores.

Se recoge, además, en el fundamento de derecho tercero de la sentencia de la Audiencia Nacional, la distinción que ya se estableció en otra sentencia anterior por el mismo Tribunal, de despido colectivo de hecho y de derecho, explicándose así que se considera despido colectivo de derecho aquel que se ha realizado por haber superado el umbral numérico para efectuarlo y el empresario ha seguido el procedimiento que se encuentra regulado en el artículo 51.2 del ET; y el de hecho sería aquel que se produce cuando el empresario,

habiendo superado dicho umbral numérico, aunque haya realizado extinciones no imputables a la persona del trabajador, no lo hace siguiendo el procedimiento estipulado por Ley, produciéndose en este último caso la nulidad de las extinciones realizadas sin seguir los cauces legalmente establecidos, por lo que los trabajadores tendrán derecho a la reincorporación a sus puestos de trabajo. También tenemos en contraposición, al mencionado artículo 51.1 del E.T., el citado artículo 1 de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos cuando establece, y cito textualmente, “ a) se entenderá por «despidos colectivos» los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea,.....”, por lo que no se regula únicamente aquellos que están basados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sino también quedarían englobados en dicho “saco”, por decirlo de alguna manera, aquellos que siendo ajenos a estas causas, no sean imputables al trabajador, o por voluntad del mismo distintas, por tanto, de lo establecido en el artículo 49.1 del E.T., sino imputables a la empresa, y dentro de ellos entrarían aquellos despidos en los que la empresa reconociera la improcedencia de su extinción. Además, hay que considerar, que las finalizaciones de contratos por expiración del tiempo convenido que hayan sido realizadas en fraude de Ley, por incumplir lo establecido para las contrataciones temporales según lo dicho en supuestos anteriormente tratados, también entrarían dentro del cómputo numérico a considerar dentro del plazo de los 90 días regulado.

Por todo lo anteriormente expuesto, la respuesta del asesor laboral a su cliente no puede ser otra que negativa, siendo que, tal como le plantea, si se hubieran realizado los despidos procedentes, con la intención de posteriormente reconocer la improcedencia, y ello implica que las causas reales del despido no son inherentes a la persona del trabajador; y superándose los límites de días y número de extinciones explicadas, el procedimiento correcto hubiera sido igualmente el que ha de seguirse para un expediente de regulación de empleo.

A la vista de lo explicado, y ante la intención del empresario de seguir manteniendo la postura de continuar con las extinciones contractuales, el asesor le indica que de hacerlo entraría en situación de un ERE encubierto, y le informa

de las consecuencias que podría acarrearle proceder de dicha manera. En relación a la situación de ERE encubierto tomo la Sentencia del Tribunal Supremo 5515/2014, de 18 de noviembre de 2014, incluida en anexo X.

En esta sentencia se trata el caso, explicado anteriormente, de despidos efectuados en el marco de un despido colectivo de hecho, es decir, aquel que, superando los umbrales para considerarse al despido colectivo, no se efectúa siguiendo con el procedimiento reglamentario para ello, solicitándose consecuentemente la nulidad de los despidos efectuados conforme al artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS).

Se hace mención también en esta sentencia, en sus fundamentos de derecho, y basándose y fundamentándose, como no podía ser de otra manera, en reiterada jurisprudencia, a cómo ha de computarse el plazo de los noventa días para considerarse los despidos dentro de los límites a considerar como despido colectivo, siendo así que ha quedado determinado que es el día del despido el que marca el fin del plazo para las extinciones que se acuerden ese día, así como el primer día para el siguiente cómputo de los noventa días; y también se hace alusión acerca de las extinciones contractuales que han de computarse a efectos de determinar si se trata o no de un despido colectivo, siendo que en este sentido se ha concluido que los despidos efectuados anteriormente de manera procedente, cuando se han considerado improcedentes bien por las partes, o bien por resolución judicial, también entran a formar parte del cómputo de los despidos a tener en cuenta, al ser a iniciativa del empresario y por motivos no inherentes a la persona del trabajador. Dicho esto, en la sentencia se concluye que todos los despidos que se hayan efectuado por parte de la empresa extralimitando los límites para haber incoado un expediente de regulación de empleo y no se hayan hecho conforme a derecho son nulos de pleno derecho y por tanto habría que readmitir a todos los trabajadores afectados.

Al margen de lo expuesto, el asesor laboral también previene al empresario de la infracción que cometería y de la posible sanción a la que podría enfrentarse, remitiéndose para ello al 8.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones

y Sanciones en el Orden Social (LISOS). Según dicho artículo se considera como infracción muy grave, en materia de relaciones laborales, y cito textualmente *“Proceder al despido colectivo de trabajadores o a la aplicación de medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor sin acudir a los procedimientos establecidos en los artículos 51 y 47 del Estatuto de los Trabajadores.”*, y estaría expuesto, en caso de que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social proceda a la sanción por dicha infracción, a la recogida en el artículo 40.1 c) de la LISOS, estando comprendida, al ser infracción muy grave, a multa que, en su grado mínimo oscilaría entre los 6.251 a 25.000 euros, en su grado medio a multa de entre 25.001 a 100.005 euros y en su grado máximo entre 100.006 y 187.515 euros.

6.- SUPUESTO ACTUACIÓN INSPECTORA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. ACCIDENTE DE TRABAJO.

Durante la jornada de trabajo de un soldador del ámbito de la construcción, se produce un accidente de trabajo, dando lugar a la baja médica pertinente. El soldador en cuestión, que estaba en una nave industrial realizando trabajos de soldadura en una barra de hierro que sujetaba una plancha de granito, debido a que estaba agrietada por el peso soportado, sufre quemaduras en los ojos a la vez que es víctima del aplastamiento de la pierna derecha, como consecuencia de la caída de una plancha que estaba colocada en vertical enfrente de él, y que cae cuando el trabajador, ante lo inesperado y el dolor causado por la quemadura, estira el mismo haciéndola caer sobre sí.

Al personarse el inspector de trabajo en el lugar del accidente, en su labor de investigación de los hechos acontecidos, se encuentran presentes en la nave el jefe obra, el jefe de los trabajos de soldadura, la delegada de prevención y un peón de obra, testigo del accidente.

En el interrogatorio que efectúa el inspector, acerca de lo sucedido, el jefe de obra le explica que los trabajos que se estaban llevando a cabo eran de conservación y mantenimiento. Que en esos días se estaban realizando los trabajos relativos a las partidas de soldaduras sobre estructuras deterioradas y que el trabajador accidentado tenía la formación requerida para el puesto e información de los riesgos, aportándole los documentos que lo corroboraban,

habiéndosele entregado los equipos de protección individual (EPIs) y las medidas preventivas; hecho que demuestra con el documento firmado por el trabajador de la entrega de los mismos. Sigue explicando que realmente no sabía el motivo por el cuál el trabajador no llevaba la máscara protectora, estando la misma en el suelo, al lado del accidentado, en el momento de lo acontecido.

El peón de la obra, testigo del accidente, al ser preguntado por lo que había presenciado, les explica que el estaba trabajando con el compañero lesionado ese día. Que la última vez que lo vio estaba soldando y llevaba la mascarilla puesta, desconoce el motivo por el cual se la quitó. En cuanto a la plancha de granito, explica que entre él y otro peón de la obra la habían bajado de donde estaba colocada, con la maquinaria necesaria para ello, para que el soldador pudiera hacer su trabajo y que, debido a las prisas, y a la falta de espacio, no se había buscado un hueco adecuado para situarla, y la dejaron colocada en vertical momentáneamente, siendo está la posición en que se encontraba en el momento del accidente, porque se iba a volver a recolocar en su sitio cuando terminaran de soldar. Que el otro peón se había marchado para preguntar al encargado de obra, que estaba en otra parte de las instalaciones, y en ese momento fue cuando sucedió el accidente.

Al preguntar a la delegada de prevención, esta le dice que en el manual de prevención de la empresa se recoge claramente la forma de colocación de las planchas de granito, y ahí se estipula que han de estar en horizontal en estanterías o bastidores, para evitar el riesgo de caída de las mismas.

En el transcurso de la investigación realizada por parte del inspector de trabajo, obtiene la declaración de lo sucedido por parte del accidentado. Este le explica que acudió a la obra a realizar los trabajos de soldadura encomendados y, al llegar a las instalaciones, acudió a buscar sus herramientas y equipos de protección. Que cuando llegó al punto en el que tuvo lugar el accidente, estaban terminando dos operarios de bajar la plancha de granito y mientras ellos acababan su tarea, el se puso a colocar su instrumental, no percatándose de dónde la habían dejado disponiéndose a soldar. En ese momento se percató de que la máscara de soldar que cogió tenía agrietado el cristal, circunstancia que desconocía, siendo que, cuando la cogió no se percató del cristal roto. Del mismo modo le expuso que las máscaras de soldar no son de uso personal, sino que

hay tres para uso de siete soldadores y aunque, en un principio, pudo soldar con ella, llegó un momento en que la grieta del cristal le impedía ver bien y se la quitó para observar lo que estaba haciendo. Se dispuso a continuar, pero al molestarle la grieta, y quedándole un único punto de soldadura que dar, no volvió a colocársela siendo en ese instante cuando le saltaron chispas a los ojos, quemándose los y reaccionando con un brusco respingo por el dolor provocado. Motivado por ello, le dio un golpe a la plancha al estirar los pies, ya que estaba sentado con las piernas flexionadas, al no saber que la misma estaba allí, y cuando se dio cuenta que se le venía encima intentó recular lo más posible, desde la misma posición de sentado, ya que al no tener bien la visión no quiso levantarse, no pudiendo evitar que le alcanzara en la pierna derecha.

A la vista de lo sucedido, el inspector actuante levanta acta de infracción en materia de prevención de riesgos laborales,

- a) por incumplimiento de lo recogido en el artículo art.3.5 del Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, que establece las Disposiciones Mínimas de Seguridad y Salud para la Utilización por los Trabajadores de los Equipos de Trabajo, en el que se establece la obligación del empresario para adoptar las medidas pertinentes para que los equipos de trabajo se conserven en buen estado durante todo el tiempo en el que vayan a utilizarse;
- b) por incumplimiento del apartado 1.4 del ANEXO II del mismo Real Decreto, en el que queda recogido que, antes de utilizarse un equipo de trabajo, se tiene que comprobar que está en perfecto estado, dejando de utilizarse si se producen deterioros, averías o cualquier otra circunstancia que comprometa la seguridad de su funcionamiento.
- c) En función de lo expuesto, igualmente se está infringiendo el artículo 17 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL), en el que se dice que, el empresario ha de tomar las medidas que sean necesarias para que los equipos de trabajo sean los adecuados, con el fin de garantizar la salud de sus trabajadores y, además en su apartado dos se expresa que el empresario, al margen de la obligación de entrega de los equipos de protección, ha de velar

por el uso efectivo de los mismos cuando la naturaleza del trabajo requiera que sean necesarios.

- d) Por otro lado, en cuanto a la manipulación y mala colocación de la plancha de granito se ha incumplido lo previsto en el RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las Disposiciones Mínimas de Seguridad y Salud en las Obras de Construcción, en su Anexo IV, Parte C, punto 11; donde queda recogido que las piezas prefabricadas pesadas solo se podrán montar o desmontar bajo vigilancia, control y dirección de una persona competente, y en nuestro caso según testimonio obtenido, la estaban manipulando dos peones, no encontrándose el encargado en las instalaciones en ese momento.

Estas infracciones se encuentran tipificadas en la LISOS como graves, conforme al artículo 12.16 apartado f), al producirse incumplimiento de la normativa de prevención en relación a las medidas de protección y como muy grave, según su artículo 13.10, al no adoptar cualquier otra medida preventiva aplicable a las condiciones de trabajo en ejecución de lo legislado en cuanto a prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave.

Debido a ello, y según el mismo cuerpo normativo, en su artículo 40 podrá ser sancionada, si se califica como grave, con multa que oscilaría en su grado mínimo de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros, y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros, y si es considerada como muy grave, según el apartado c) del mismo artículo de la LISOS se sancionaría con multa que oscilaría, en su grado mínimo de 6.251 a 25.000 euros, en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros y en su grado máximo de 100.006 a 187.515 euros.

Además, hay que decir que según el artículo 42.5 de la LISOS relativo a la responsabilidad empresarial, recoge que, y cito textualmente, *“La declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de Seguridad Social.”*

Por otro lado, hay que añadir que según el artículo 164 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de

la Ley General de la Seguridad Social, establece un recargo de las prestaciones económicas que se deriven de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, estableciendo en el mismo que dichas prestaciones quedaran aumentadas con un recargo que oscila entre un 30 y 50% según la gravedad de la falta que se haya cometido, cuando la lesión se haya producido por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo en los que no se encuentren presentes los medios de protección fijados reglamentariamente, o bien no los tengan en perfecto estado de utilización, o cuando no se hayan observado las medidas de seguridad y salud en el trabajo.

Al hilo de todo lo señalado, tenemos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social de A Coruña, 5673/2017, de 18 de septiembre de 2017, recogida en el anexo XI. Dicha sentencia trata de un accidente de trabajo acaecido en una sala de cine con motivo de la caída de una pantalla de cine, que al observar que estaba mal colocada, los trabajadores intentaban recolocar, utilizando para ello una maquinaria inadecuada para la tarea. Se constata que la empresa tenía el plan de seguridad y salud aprobado, y el accidentado había recibido los cursos de formación correspondientes y disponía de los equipos de protección individuales.

En los fundamentos de derecho de la sentencia objeto de estudio y en base a los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 de la LPRL se entiende que el deber de protección que tiene el empresario para con sus trabajadores es prácticamente ilimitado, teniendo que adoptar todas las medidas de protección posibles, siendo que esta protección es incluso de guardar en los supuestos de conductas imprudentes no temerarias de los trabajadores, y considera que hay una relación de causalidad entre la infracción que se le imputa a la empresa y el daño producido, ya que si la empresa hubiera supervisado como era debido la realización de los trabajos que se estaban llevando a cabo, el accidente se podría haber evitado.

En base a ello es de aplicación, según se explica, el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, que ahora es el artículo 164 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y en donde se establece, como expuse anteriormente, un recargo entre el 30 y el 50 % de todas las prestaciones

económicas que tengan su causa en accidente de trabajo y según la gravedad de la falta, cuando la lesión se haya producido por equipos de trabajo o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, entre otras.

7.- BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN CONSULTADA

1. LEGISLACIÓN CONSULTADA.

- Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.
- Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.
- Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, (ya derogada).
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.
- ORDEN TAS/3698/2006, de 22 de noviembre, por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación.
- ORDEN TAS/711/2008, de 7 de marzo, por la que se modifica la Orden TAS/3698/2006, de 22 de noviembre, por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación.
- Orden TIN/1071/2010, de 27 de abril, sobre los requisitos y datos que deben reunir las comunicaciones de apertura o de reanudación de actividades en los centros de trabajo.

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.
- Real Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.
- Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción.

2- MANUALES DE TELEFORMACIÓN DE RELACIONES LABORALES Y RECURSOS HUMANOS.

- Manual Universitario de Teleformación, de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, de la asignatura Derecho Sancionador del Trabajo, del Grado en RRLL y RRHH. Autores: Carmen Jover Ramírez y M^a José Cervilla Garzón. Primera Edición 2013.

- Manual Universitario de Teleformación, de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, de la asignatura de Prestaciones de la Seguridad Social. Autor: José Francisco Blasco Lahoz. Primera Edición 2013.

- Manual Universitario de Teleformación, de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, de la asignatura Derecho Colectivo del Trabajo, del Grado en RRL y RRHH. Autores: Juan Jiménez García, Eva Garrido Pérez y Julio J. Vega López. Primera edición 2014.

- Manual Universitario de Teleformación, de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, de la asignatura Derecho Procesal del Trabajo, del Grado en RRL y RRHH. Autores: José María Goerlich Peset y Luís Enrique Nores Torres. Primera edición 2013.

3- JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

- STS 4379/2005- ECLI: ES:TS:2005:4379-Id Cendoj: 28079140012005100875. Nº de Recurso 2426/2004. Ponente: Joaquín Samper Juan. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=asesmatch=TS&reference=1112519&statsQueryId=105349258&calledfrom=searchresults&links=%222426%2F2004%22&optimize=20051124&publicinterface=true>

- Sentencia Social del Tribunal Supremo 4894/2013, Sala de lo Social, Sección I, Rec. 2398/2012 de 17 de septiembre de 2013. Ponente Jesús Souto Prieto, Núm. Cendoj: 28079140012013100660. Núm. Ecli: ES:TS:2013:4894, Núm. Roj: STS 4894/2013-Iberley Colex

- Sentencia Social del Tribunal Supremo 656/2017, Sala de lo Social, de 31 de enero de 2017. Ponente Miguel Ángel Luelmo Millán. Rec. 1153/2015. Id. Cendoj: 28079149912017100005. Roj: STS 656/2017. ECLI: ES:TS:2017:656. - Jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial.

- Sentencia Social del Tribunal Supremo 650/2017, Sala de lo Social, de 31 de enero de 2017. Ponente Miguel Ángel Luelmo Millán. Rec. 3345/2015. Id. Cendoj: 28079149912017100003. Roj: STS 650/2017. ECLI: ES:TS:2017:650. - Jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial.

- STSJ CAT 4773/2011, de 11 de mayo de 2011. Nº Rec. 2364/2010, nº Resolución: 3280/2011. Ponente: Francisco Javier Sanz Marcos. Id. Cendoj: 08019340012011103077. -Jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial.
- STSJ CAT Nº 7832/2012, 20 de noviembre de 2012, Rec. 3001/2012. Ponente: Amador García Ros. Id. Cendoj:08019340012012107942, Num.: ECLI: ES:TSJCAT:2012:12548. Num. Roj.: STSJ CAT 12548/2012. – Iberley.
- Sentencia del Tribunal Supremo 4262/2014, de 15 de octubre de 2014. Num. Recurso: 492/2014. Ponente: Dña. María Luísa Segoviano Astaburuaga.
- STS 4641/2012, de 23 de abril de 2012. Num. Recurso: 2724/2011. ECLI: ES:TS:2012:4641. Ponente: José Manuel López García de la Serrana. Id. Cendoj: 28079140012012100455-Jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial.
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, 3650/2013, de 4 de septiembre de 2013. ECLI: ES:AN:2013:3650. Ponente: Ricarlo Bodas Martin. Num. Recurso: 240/2013. Num. Resolución: 155/2013. Id. Cendoj: 28079240012013100159-Jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial.
- Sentencia del Tribunal Supremo 5515/2014, de 18 de noviembre de 2014, ECLI: ES:TS:2014:5515. Ponente: José Manuel López García de la Serrana. Recurso: 65/2014. Id. Cendoj: 28079140012014100741-Jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial.
- STSJ GAL 5673/2017, de 18 de septiembre de 2017.ECLI: ES:TSJGAL:2017:5673. Ponente: Rosa María Rodríguez Rodríguez. Num. Recurso: 1161/2017. Num. Resolución: 4261/2017. Id. Cendoj: 15030340012017104042-Jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial.

4 – PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS.

- *Miscelánea Jurisprudencial: Acerca de la legalidad de los contratos de obra o servicio determinado cuando el trabajador trabaja en varias obras de la misma empresa. Sobre la licitud de la utilización de un contrato genérico, con determinación posterior de las sucesivas obras a realizar (A propósito de la STS, en unificación de doctrina, de 30 de junio de 2005, Recurso nº 2426/2004).*

Autores: Abdón Pedrajas Moreno (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Abogado) y Tomás Sala Franco (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social). Madrid, enero 2006. Disponible en [http://www.ceav.info/common/contenido/documentos/nn-29-contrato de obra varias.pdf](http://www.ceav.info/common/contenido/documentos/nn-29-contrato_de_obra_varias.pdf)

- Página web del Ministerio de Trabajo, migraciones y Seguridad Social. Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Visitable en la dirección de la página web cuyo enlace es: <http://www.mitramiss.gob.es/itss/web/Utilidades/FAQs/EXT/ext.html>

- “El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales”. Autor: Eduardo Rojo Torrecilla. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona. Publicación en el blog de Eduardo Rojo Torrecilla. *“El extranjero sin autorización de trabajo. Trabajo irregular e imposibilidad de cotizar por desempleo. Incremento de su desprotección. Notas a dos sentencias del TS de 31 de enero de 2017 (con votos particulares de cinco magistrados y magistradas)*. Visitable en la dirección de la página web cuyo enlace es: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/03/extranjero-sin-autorizacion-de-trabajo.html>

- Página web del Ministerio de Trabajo, migraciones y Seguridad Social. Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Apartado de “Trabaja con nosotros”, Escuela ITSS, visitable en la dirección de la página web cuyo enlace es: [http://www.mitramiss.gob.es/itss/web/Trabaja con nosotros/Escuela ITSS/Videos AT/index.html](http://www.mitramiss.gob.es/itss/web/Trabaja_con_nosotros/Escuela_ITSS/Videos_AT/index.html)

- Video de aplastamiento con carga de la página web del Ministerio de Trabajo, migraciones y Seguridad Social, cuyo enlace es: http://www.mitramiss.gob.es/itss/ITSS/videos/AT_Aplastamiento.mp4

8.- ANEXOS.

8.1- Anexo I- Sentencia del Tribunal Supremo 4379/2005, de 30 de junio de 2005- ECLI: ES:TS:2005:4379-Id Cendoj: 28079140012005100875. N° de Recurso 2426/2004. Ponente: Joaquín Samper Juan.



Roj: STS 4379/2005 - ECLI: ES:TS:2005:4379

Id Cendoj: 28079140012005100875

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 30/06/2005

Nº de Recurso: 2426/2004

Nº de Resolución:

Procedimiento: SOCIAL

Ponente: JOAQUIN SAMPER JUAN

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Junio de dos mil cinco.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de Inmobiliaria Constructora de Avilas Rojas, S.A. (INCAR, S.A.) contra sentencia de 27 de febrero de 2004 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la demandada contra la sentencia de 20 de enero de 2003 dictada por el Juzgado de lo Social de Málaga nº 6 en autos seguidos por D. Gaspar frente a INCAR, S.A. sobre despido.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JOAQUÍN SAMPER JUAN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de enero de 2003 el Juzgado de lo Social de Málaga nº 6 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda sobre despido interpuesta por Gaspar contra INCAR, S.A., debo declarar y declaro dicho despido improcedente condenando a los demandados a que a opción de los mismos que deberá efectuar ante este Juzgado dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la presente, readmita a la actora en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones anteriores al despido o le satisfaga una indemnización cifrada en 3.670,98 euros".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- D. Gaspar, mayor de edad y con domicilio a efectos de notificaciones en Málaga, ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa Incar, S.A. desde el día 2/10/00 ostentando la categoría profesional de peón y percibiendo un salario mensual de 1.233,66 euros, incluida la prorrata de pagas extraordinarias. 2º.- Que en fecha 17/10/2000 las partes suscribieron un contrato de trabajo de duración determinada al amparo del RD 8/97 de 18 de mayo, para obra o servicio determinado, en el que se hacía constar, entre otros extremos, que la prestación de servicios del actor tendría lugar en el centro de trabajo del Edificio Palma (Torremolinos), y su objeto la limpieza de la primera fase de la obra de dicho edificio. 3º.- EL actor, inició su prestación de servicios el día 2.10.00 en el edificio "Palma" de Torremolinos, y posteriormente ha trabajado en obras de Banana Beach y Arenbal de Marbella y San Pedro de Alcántara. 4º.- El actor firmó su contrato de trabajo el día 17.10.2000, siendo dado de alta en dicha fecha en la Tesorería General de la Seguridad Social. 5º Con fecha 16.9.02 la empresa demandada comunica al actor su cese con efectos al día 30.9.02 por terminación de obra. 6º.- Con fecha 30.9.02 la empresa demandada procedió a dar de baja al actor en la Tesorería General de la Seguridad Social por "baja voluntaria". 7º.- Con fecha 5.11.02 se intentó sin efecto acto de conciliación ante el CMAC. 8º.- La demanda se presentó el día 6.11.02".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por INCAR, S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, la cual dictó sentencia en fecha 27 de febrero de 2004 en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación promovido por la



empresa INCAR, S.A. frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número seis de los de Málaga y Provincia de fecha 20 de Enero de 2.003 en autos seguidos a instancia de Don Gaspar contra la empresa recurrente en reclamación por despido, con la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida. Se condena a la empresa recurrente a la pérdida del depósito de 25.000 pesetas (150.25 Euros) y de la cantidad consignada para recurrir, a las que se dará el destino legal, así como al pago de las costas procesales causadas en el presente recurso de suplicación, incluidos los honorarios profesionales de letrado de la parte demandante impugnante, los cuales no podrán superar, en todo caso, la cantidad de 100.000 pesetas (601.01 Euros), y ello una vez adquiera firmeza la presente resolución judicial".

CUARTO.- Por la representación procesal de INCAR, S.A. se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencias de contraste las dictadas por la Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Extremadura y Andalucía, Sede de Granada, de fechas 20 de noviembre de 2002 y 3 de junio de 2002, respectivamente.

QUINTO.- Por providencia de fecha 9 de diciembre se procedió a admitir a trámite el citado recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de considerarlo procedente, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 23 de junio de 2005, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para unificación de doctrina consiste en determinar el valor que, a efectos del cese o despido de un trabajador del sector de la Construcción vinculado a la empresa mediante un contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado, debe atribuirse a la cláusula adicional incluida en el aquel, que literalmente dice así: "de acuerdo con el art. 29.2 (sic, aunque en realidad se refiere al artículo 28.2) del Convenio General de la Construcción las partes, de común acuerdo, pactan que el trabajador podría (sic, seguramente quiere decir "podrá") prestar sus servicios profesionales en diversas obras dentro de la misma provincia por un periodo máximo de tres años, otorgándose desde este mismo momento mutua conformidad en tal sentido".

En el caso, el trabajador suscribió contrato con la hoy recurrente "Inmobiliaria y Constructora Avila Roja S.A." ("INCAR S.A.") el día 2 de octubre de 2.000 para prestar servicios, como peón de albañil, en la obra consistente en "la limpieza de la 1ª fase de la obra del Edificio "Palma" de Torremolinos". Al finalizar ésta, continuó trabajando para la empresa, sucesivamente, en las obras sitas en "Banana Beach", Arenal de Marbella y San Pedro de Alcántara, hasta que el día 16 de septiembre de 2.002 fue cesado por "terminación de obra".

SEGUNDO.- El trabajador dedujo demanda por despido improcedente alegando condición de fijeza, que fue estimada por la sentencia de instancia al considerar que la empresa, de acuerdo con lo previsto en el art. 15. 2 y 3 ET, había incurrido en fraude de ley en la contratación, dado que, por una parte, el actor había comenzado a prestar servicios el 2 de octubre de 2.000 y no fue dado de alta en S.Social hasta el 17 siguiente; y por otra, había trabajado en obras distintas a la que figuraba en el contrato.

Interpuso la empresa recurso de suplicación con dos motivos de carácter jurídico. En el primero, denunció la infracción de los artículos 15.1 ET, 18.3 del Convenio de la Construcción de Málaga y 29.2 (ya hemos dicho que se refiere al art. 28.2) del Convenio General de la Construcción, que contienen la siguiente e idéntica redacción: "el personal fijo de obra podrá prestar servicios a una misma empresa y en distintos centros de trabajo de la misma provincia, siempre que exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos, durante un periodo máximo de tres años consecutivos"; y alegó que, con arreglo a ellos, el trabajador era fijo de obra y por tanto su cese al finalizar la última en que prestó servicios, debía considerarse ajustado a derecho. En el segundo, adujo la infracción del art. 15.2 ET, que regula la adquisición de fijeza, argumentando que era inaplicable, dada la naturaleza claramente temporal del contrato y que el periodo sin alta no había superado el plazo de 15 días que prevé el art. 25 del Convenio General para el periodo de prueba de los operarios.

El recurso fue rechazado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga de 27 de febrero de 2.004, argumentando: a) En relación con el primer motivo, que la prestación de servicios en diversas obras había desnaturalizado el carácter temporal del contrato, "sin que pueda atenderse la argumentación empresarial de que el contrato contemplaba la posibilidad de que el actor trabajara en obras distintas a la inicialmente convenida, por cuanto el Convenio Colectivo de la Construcción de Málaga solo contempla esta posibilidad para los trabajadores fijos de obra (art. 18.3), circunstancia en la que no se encuentra el demandante, por cuanto que su relación con la empresa recurrente no era de fijeza sino de temporalidad". b) En cuanto al segundo que "igualmente ha de mantenerse que la antigüedad del trabajador era de 2 de octubre de 2.000 al haber quedado acreditado que el demandante prestó servicios con anterioridad



a la formalización del contrato de trabajo (. . .) lo que nos lleva a considerar la existencia de otra causa de fraude de ley en la contratación, que trasforma igualmente la relación temporal del actor en indefinida".

TERCERO.- Frente a esta última resolución ha interpuesto "INCAR S.A." recurso de casación para la unificación de doctrina alegando dos motivos o temas de contradicción. Para el primero, relativo al valor de la cláusula contractual ya transcrita, cita como sentencia referencial la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura el 20 de noviembre de 2.002 , que obra unida a los autos con expresión de su firmeza.

El caso resuelto por ésta, es muy semejante al actual. Se trataba de trabajador de la construcción que, en 19-6-01 suscribió contrato para obra o servicio determinado, en el que se identificaba perfectamente la obra: "construcción de vivienda en C/ Rey, 20 de Plasencia"; y que, además, contenía una cláusula adicional de igual contenido que la debatida. El 3 de mayo de 2.002 el trabajador recibió carta de cese, por fin de la última obra en la que había prestado servicios.

CUARTO.- El actor de aquel proceso interpuso demanda por despido alegando que su actividad en sucesivas obras de la empresa le había convertido en trabajador fijo de plantilla. La sentencia de instancia estimó la demanda y declaró la improcedencia de su despido. Pero el recurso de suplicación de la empresa fue a su vez estimado por la sentencia referencial que, revocó la de instancia, y absolvió a la recurrente de la pretensión deducida en su contra.

A tal fin, la sentencia referencial razonó que el cese acordado era ajustado a derecho, porque: a) en el contrato "se pactó como cláusula adicional la posibilidad de trasladar al trabajador a otros centros de trabajo, que fue aceptada por el trabajador"; b) dicha cláusula se ajusta a la previsión del art. 20.2 del Convenio Colectivo aplicable, fruto de la negociación colectiva; y en modo alguno es contraria a las previsiones del art. 15 ET y del R.D. 2546/84 , "por cuanto que lo único que hace es flexibilizar de alguna manera la contratación temporal en un sector tan singular como el de la construcción, suprimiendo la necesidad de formalizar diferentes contratos para cada una de las obras, y lo que es mas importante, contando siempre con el consentimiento del trabajador cuya oposición impediría al empresario ejercer esta posibilidad"; c) los traslados se produjeron en su momento sin que el demandante manifestase su oposición a estas decisiones de la empresa; y d) "si los sucesivos contratos para obra determinada que hubieran podido concertarse separada y consecutivamente para cada una de las obras a las que fue destinado el trabajador hubieran sido todos ellos conformes a derecho, no hay razón legal alguna que impida una solución como la pactada en el convenio, con la que simplemente se trata de simplificar este tipo de contratación para ajustarse mejor a las necesidades productivas de la empresa, a la vez que facilita una mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores".

La comparación de las circunstancias concurrentes entre las sentencias examinadas, muestra que son contradictorias en el sentido exigido por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral , pues siendo prácticamente iguales los hechos, fundamentos y pretensiones de ambos casos, han llegado a pronunciamientos distintos. Igualdad que no se rompe porque el Convenio Colectivo aplicable sea distinto -- el de la Construcción de Málaga en la recurrida y el del mismo sector de Cáceres en la referencial -- pues es idéntica la redacción del precepto de ambos Convenios que regula la contratación de los trabajadores fijos de obra; y los dos son, a su vez, literalmente coincidentes con la previsión que al respecto incluye el artículo 28.2 y 3 del Convenio General de la Construcción , tanto en la redacción del vigente en la fecha de la contratación del actor (BOE de 4 de junio de 1.998), como en la del actual (BOE. de 10 de agosto de 2.002). Ello permite, superado el obstáculo de la contradicción, que la Sala pueda abordar el examen de la cuestión de fondo planteada.

QUINTO.- El reproche jurídico que, con relación a este motivo del recurso, se formula a la sentencia recurrida, la infracción de los artículos 15.2 y 49.1.c) ET , 2 y 8 del Real Decreto 2.720/98 , 18.2 del Convenio de la Construcción de Málaga y 28.2 del Convenio General de la Construcción, no es acertado, como vamos a ver. Pues si bien la Sala no puede compartir alguno de los argumentos que contiene el fundamento segundo de dicha resolución, es lo cierto que ha sido ésta y no la referencial, la que ha emitido el pronunciamiento ajustado a la doctrina unificada.

Entre los requisitos necesarios para la validez del contrato de obra o servicio determinado, que aparece disciplinado en los artículos 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores y 2 del Real Decreto 2.720/98 de 18 de diciembre que lo desarrolla, interesa destacar ahora los dos siguientes: a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; y b) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto.

Esta Sala se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurren conjuntamente ambos requisitos, para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho. Son ejemplo de ello las sentencias de 21-9-93 (rec. 129/93), 26-3-96 (rec. 2634/95), 20-2-97

(rec. 2580/96), 21-2-97 (rec. 1400/96), 14-3-97 (rec. 1571/96), 17-3-98 (rec. 2484/97), 30-3-99 (rec. 2594/98), 16-4-99 (rec. 2779/98), 29-9-99 (rec. 4936/98), 15-2-00 (rec. 2554/99), 31-3-00 (rec. 2908/99), 15-11-00 (rec. 663/00), 18-9-01 (rec. 4007/00), 21-3-02 (rec. 1701/01) y 11-5-05 (rec. 4162/03) y las que en ellas citan que, aun dictadas, en su mayor parte, bajo la vigencia de las anteriores normas reglamentarias, contienen doctrina que mantiene su actualidad dada la identidad de regulación, en este punto, de los Reales Decretos 2.104/1984, 2.546/1994 y 2.720/1998.

Todas ellas ponen de manifiesto, en la parte que aquí interesa, que esta Sala ha considerado siempre decisivo que quedara acreditada cumplidamente la causa de la temporalidad. Y de ahí la trascendencia de que se cumpla inexcusablemente la previsión legal (art. 2.2.a del R.D. 2.720/98) de que "el contrato deberá especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o servicio que constituya su objeto".

Y es que, como advierte la sentencia de 26-3-96 (rec. 2634/95) con cita de otras varias, "este requisito es fundamental o esencial pues, si no quedan debidamente identificados la obra o servicio al que el contrato se refiere, no puede hablarse de obra o servicio determinados; mal puede existir una obra o servicio de esta clase, o al menos mal puede saberse cuales son, si los mismos no se han "determinado" previamente en el contrato concertado entre las partes; y si falta esta concreción o determinación es forzoso deducir el carácter indefinido de la relación laboral correspondiente, por cuanto que, o bien no existe realmente obra o servicio concretos sobre los que opere el contrato, o bien se desconoce cuales son, con lo que se llega al mismo resultado".

SEXTO.- A la luz de la anterior doctrina, es evidente el acierto de la sentencia recurrida al calificar de indefinida la relación laboral del actor y su cese como un despido improcedente, pues si bien el contrato suscrito entre las partes cumplía correctamente con las exigencias legales y convencionales en relación con la primera obra contratada, las desconoció frontalmente respecto de las restantes, lo que debe producir la consecuencia que señala la sentencia que acabamos de comentar.

Con tal solución, no cuestionamos la legalidad de la previsión del art. 18 del Convenio de la Construcción de Málaga, trasunto por cierto de la idéntica que contiene el Convenio General de la Construcción. El precepto asume lo que constituye en dicho sector una antigua y pacífica práctica contractual, la prestación por el trabajador fijo de obra de sucesivos servicios en otras distintas de la contratada, que ya encontraba apoyo legal en el art. 43 de la antigua y derogada Ordenanza de Trabajo de la Construcción del año 70.

La previsión del convenio de Málaga, al igual que el General del sector, es pues, absolutamente respetuosa con las actuales exigencias legales. Por una parte, se remite en su artículo 16 a las formalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores y disposiciones reglamentarias; y, por tanto, a la consiguiente obligación que impone el art. 2.2 del R.D. 2.720/98 de especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra que constituya su objeto. Por otra, regula en su artículo 18 esa práctica de contratar para sucesivas obras; y lo hace, en exquisita sintonía con el mandato de identificación del R.D. citado, exigiendo que "exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos" en los que el trabajador vaya a prestar servicios.

Coincidimos, por tanto, plenamente con la sentencia referencial en que dicha previsión convencional, no diseña un nuevo contrato temporal al margen del art. 15 ET, lo que, por lo demás, no podría hacer válidamente pues, pese a su condición normativa y a su carácter vinculante, el Convenio está obligado a respetar las normas legales de carácter mínimo necesario, y el art. 15 lo es. Trata, simplemente, de evitar las cargas burocráticas que supondría la formalización de sucesivos contratos con un mismo trabajador, para "ajustarse mejor a las necesidades productivas de la empresa, a la vez que facilitar una mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores".

Por consiguiente, no es acertado el argumento de la sentencia recurrida de que la prestación de servicios en diversas obras había desnaturalizado el carácter temporal del contrato, dado que esa sucesiva actividad sí esta autorizada por el Convenio. Y tampoco lo es, el de la inaplicabilidad al caso del art. 18.3. Sostiene la sentencia que dicho artículo solo contempla esa posibilidad de prestación sucesivas de servicios en distintas obras bajo un solo contrato, respecto de los trabajadores fijos de obra; y es cierto. Pero incurre en error al afirmar que el contrato del actor no está amparado por dicho precepto "por cuanto que su relación con la empresa recurrente no era de fijeza sino de temporalidad"; porque el actor era trabajador fijo de obra y por tanto, pese a que esa denominación pueda inducir al equívoco al que llega la sentencia, es evidente que su vinculación con la empresa no era de fijeza, sino de carácter temporal. Y es, precisamente, esa especie de temporalidad la que disciplina el art. 18.3.

SEPTIMO.- Lo que no cabe admitir es que la cláusula contractual de merito a cuyo tenor "el trabajador podrá prestar sus servicios profesionales en diversas obras dentro de la misma provincia por un periodo máximo de tres años, otorgándose desde este mismo momento mutua conformidad en tal sentido" sea conforme con las previsiones del art. 28.2 del Convenio General, invocado expresamente en ella. Y tampoco que se ajuste al mandato del art. 18.3 del Convenio de la Construcción de Málaga que, en literal sintonía con el Convenio



General, exige para que el trabajo en sucesivas obras no desnaturalice el contrato del fijo de obra, que exista un "acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos".

Tal mandato solo se puede cumplir, válidamente, de dos modos. O reseñando en el propio contrato todas y cada una de las obras en las que se va a prestar servicios con expresa aceptación del trabajador, o bien suscribiendo acuerdos posteriores con igual y plena concreción antes de iniciar el trabajo en cada nueva obra. Modalidad esta última que, por cierto, recoge ya el actual Convenio General de la Construcción, incluyendo en su Anexo IV el modelo tipo de documento a suscribir en cada ocasión. Modelo que también incorpora el Anexo X del Convenio de la Construcción de Málaga de 8 de agosto de 2.002, único aportado a los autos por la empresa pese que evidentemente no era el vigente en el momento de formalizarse el contrato que examinamos, lo que autoriza a suponer que es idéntico al que regía en aquel momento, puesto que las partes no han facilitado ningún dato que permita su identificación.

OCTAVO.- Examinada la cláusula contractual a la luz de la previsión del Convenio, la conclusión es obvia. Se trata de un pacto no ajustado a derecho, puesto que, de un lado, desconoce la exigencia de identificación individualizada de cada obra que impone el Convenio aplicable, vinculante para ambas partes (art. 82.3 ET). Y de otro vulnera la previsión del art. 2.2.a del R.D. 2.720/98) de "especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o servicio que constituya su objeto", en relación con esas otras posibles obras que quedaron sin identificar en el contrato.

Y no cabe argüir en defensa de la validez de ese pacto contractual, que el trabajador dio al mismo su consentimiento, cuando sin duda es contrario a la previsión del art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores . No es posible sustituir válidamente "el acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos" de trabajo que exige el Convenio con respeto de las previsiones legales, por una incondicional aceptación del trabajador de una cláusula (que, al parecer, es cláusula tipo ya que forma parte del contenido impreso del contrato, al contrario que ocurre con las restantes que lo singularizan, todas ellas escritas a máquina) impuesta por la empresa en el momento mismo de la contratación, en que es mas evidente la posición de desigualdad de las partes, para trabajar en unas obras cuya ubicación, calidad y tipo de actividad ignora.

La plena identificación del centro, o centros de trabajo en los que se va a prestar servicios, es dato esencial del contrato o del pacto posterior y constituye una garantía irrenunciable para el trabajador. Porque de lo contrario estaría expuesto en todo momento a decisiones arbitrarias del empleador que incluso podría esgrimir la oscuridad de la cláusula como medida de presión a lo largo toda la relación laboral. Piénsese que podría incluso ser despedido si no aceptase ir a una obra sorpresivamente decidida por la empresa cuyas características o ubicación geográfica no le convinieran, so pena de perder la indemnización por cese del 4,5% del salario percibido que establece el art. 1.3 del Convenio.

No son por ello acertadas las afirmaciones de la sentencia de contraste. El que los sucesivos traslados se produjeran en su momento sin oposición del trabajador, no equivale en modo alguno al previo "acuerdo expreso" y pudo ser fruto de un mal entendido deber de obediencia o de unas necesidades perentorias del trabajador. Y tampoco la de que "si los sucesivos contratos para obra determinada que hubieran podido concertarse separada y consecutivamente para cada una de las obras a las que fue destinado el trabajador hubieran sido todos ellos conformes a derecho, no hay razón legal alguna que impida una solución como la pactada".

El respeto a la legalidad conduce precisamente a la conclusión contraria: Si ninguno de los sucesivos contratos para obra determinada que hubieran podido concertarse hubiera sido conforme a derecho sin "especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra concreta contratada", no hay razón legal alguna que permita otorgar validez a una cláusula contractual como la que examinamos, que deja en la mas absoluta indeterminación todos y cada uno de los sucesivos centros de trabajo, con clara omisión del requisito consustancial con la propia naturaleza del contrato fijo de obra y con su carácter causal.

OCTAVO.- El rechazo del primer motivo que conduce necesariamente a la confirmación de la sentencia recurrida, aunque por fundamentos distintos de los empleados por ella, hace ya innecesario el examen del segundo, planteado "ad cautelam" como reconoce la parte recurrente, y en el que se imputa una supuesta infracción del art. 15.2 ET , al calificar de indefinida la relación laboral por el hecho de que el trabajador comenzó a prestar servicios el 2 de octubre y el alta en Seguridad Social no se produjo hasta el 17 siguiente.

Pero, en cualquier caso, tampoco habría prosperado. Por una parte porque, como destaca el Ministerio Fiscal, no existe contradicción entre la sentencia recurrida y la de 3 de junio de 2.002 de la misma Sala de Andalucía, pero de su sede en Granada. Por otra, porque, si bien la recurrente afirma, aunque sin denunciar incongruencia alguna, que la Sala de Málaga no entró a valorar esa cuestión pese a que había constituido la "ratio decidendi" de la sentencia de instancia, es lo cierto que el examen de las actuaciones muestra que la sentencia de suplicación si dio cumplida respuesta a esa cuestión en el último párrafo de su fundamento segundo. Y finalmente, porque la propia parte recurrente reconoce que el alta del trabajador se produjo el decimoquinto



día siguiente al de su contratación; y el Convenio de Málaga obrante en autos, cuya legalidad no ha sido discutida reduce el periodo de prueba a 14 días (art. 15), que en el caso ya habían transcurrido cuando el trabajador fue dado de alta, y reconoce, sin excepción, la condición de fijeza (art. 21) al operario que, "superado el plazo habitual del periodo de prueba, se encuentre trabajando sin haber firmado contrato o sin dar de alta en Seguridad Social".

En atención a todo lo razonado y oído el Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa "INCAR S.A." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía en Málaga, que confirmamos. Con condena de la recurrente al pago de las costas causadas en esta sede y a la pérdida del depósito efectuado para recurrir (arts. 226 y 233.1 LPL).

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de Inmobiliaria Constructora de Avilas Rojas, S.A. (INCAR, S.A.) contra la sentencia de 27 de febrero de 2004 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga , que confirmamos, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 20 de enero de 2003 dictada por el Juzgado de lo Social de Málaga nº 6 .

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal que corresponda, al igual que a la consignación efectuada, con expresa condena al pago de las costas causadas en esta sede a la parte recurrente.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda ,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. Joaquín Samper Juan hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

8.2- Anexo II- Sentencia Social del Tribunal Supremo 656/2017, de 31 de enero de 2017. Ponente Miguel Ángel Luelmo Millán. Rec. 1153/2015. Id. Cendoj: 28079149912017100005. Roj: STS 656/2017. ECLI: ES:TS:2017:656.



Roj: **STS 656/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:656**

Id Cendoj: **28079149912017100005**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **31/01/2017**

Nº de Recurso: **1153/2015**

Nº de Resolución: **76/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 12958/2014,**
STS 656/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 31 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Julio Alberto García Gutiérrez, en nombre y representación de DON Luis Enrique, contra la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 22 de diciembre de 2014, recaída en el recurso de suplicación núm. 4565/2014, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de los de Barcelona, dictada el 28 de marzo de 2014, en los autos de juicio núm. 631/2013, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Luis Enrique, contra Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) y la empresa GARBATOUR, S.L., sobre PRESTACION POR DESEMPLEO.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de marzo de 2014, el Juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «DESESTIMO LA DEMANDA interpuesta por a instancia de Luis Enrique contra SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) Y GARBATOUR, S.L. en reclamación en materia de prestación/subsidio de desempleo».

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «1.- Por resolución de 28/11/2011 del SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) se reconoció a Luis Enrique con NIE NUM000 prestación contributiva por desempleo en los siguientes términos: -días de derecho 108 (días cotizados 605) periodo reconocido 26/11/2011 a 25/05/2012, base reguladora diaria 25,35 con un porcentaje sobre la misma del 70% y porcentaje por desempleo parcial del 50%. 2.- Por sentencia del Juzgado social num. 4 de Barcelona dictada el 30/03/2012 en procedimiento 1065/2011 en materia de despido a instancia de Luis Enrique contra GARBATOUR, S.L. y el FOGASA, se declaró improcedente el despido del actor de fecha de efectos 31 / 10/2011 condenado a la empresa GARBATOUR, S.L. a que optara en entre la readmisión del trabajador o el abono de la indemnización que en la misma se señalaba. En su relato de hechos probados se señalaba en dicha sentencia que el trabajador prestaba sus servicios para la empresa condenada desde 06/10/07 y que había sido contratado de forma irregular el 06/10/2007 por carecer de permiso de trabajo y residencia y una vez obtuvo el permiso de trabajo y residencia fue contratado mediante contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo de fecha 31/03/2010 convertido en fecha 14/03/2011 en contrato indefinido a tiempo parcial. Por auto de 25/09/2012 dictado en ejecución de la sentencia se despachó orden general de ejecución y se declaró extinguido desde ese mismo día el contrato de trabajo que unía a la empresa con el trabajador con fijación de indemnización y salarios de tramitación. 3.- En fecha 29/01/2013 el actor suscribió para el SPEE documento en el que se hacía constar que no obstante para atender a su



solicitud de reconocimiento del nuevo derecho, aun habiendo sido informado de la posibilidad de mantener el derecho reconocido anteriormente hasta la percepción de los salarios de tramitación, era necesario que firmara el documento en que se recogía su solicitud, así como el reconocimiento de la deuda generada como consecuencia de la regularización y el compromiso de no solicitar el aplazamiento de la misma; y en el mismo costaba que: 1.- reconocía la existencia de un pago indebido de la prestación por desempleo por el periodo coincidente con los salarios de tramitación. 2.-solicitaba la compensación de dicho pago indebido con los importes que correspondan en virtud del nuevo derecho y 3.- acepta no solicitar el aplazamiento del pago indebido generado con la regularización. Por resolución de fecha 08/02/2013, tras haber comunicado al actor propuesta de revocación del derecho ya reconocido y haciendo constar en esa resolución que el cese por el que accedió a la prestación de desempleo había sido impugnado y como consecuencia de ello se había declarado, entre otras la obligación del empleador de abonarle los salarios de tramitación, se resolvió declarar indebida la percepción de prestaciones por desempleo por cuantía de 617,34 euros correspondientes al periodo del 26/11/2010 al 25/05/2012 y

a.- revocar la resolución por la que se le reconoció el derecho a la prestación contributiva de desempleo con fecha de inicio 26/11/2011 a 25/05/2012,

b.- reconocer un nuevo derecho con fecha de inicio 26/09/2012, una vez trascurrido el abono de los salarios de tramitación, con derecho a 300 días de prestación y base reguladora diaria 50,84 euros y al 50% por la finalización de la relación laboral en dicho porcentaje.

c.- declarar la percepción indebida de prestaciones por desempleo entre el 26/11/2011 al 25/05/2012, de 3.055,49 euros, que una vez regularizada con las cuantías a percibir por el nuevo derecho reconocido, hasta el total de lo abonado por el derecho anterior, le queda pendiente de compensar a fecha de 30-02-2013 el importe de 617,34 euros.

4.- En fecha 20/03/2013 el actor interpuso reclamación previa contra la resolución del SPEE que identificaba como sin fecha reconociendo el derecho a cobrar 300 días de prestación de desempleo nivel contributivo desde 26/09/2012 y con base reguladora diaria de 50,84 euros. Señalaba en la argumentación de su pretensión la existencia de la sentencia del Juzgado social núm. 4 de Barcelona dictada el 30/03/2012 en procedimiento 1065/2011 y que "el SPEE está considerando no trabajados a efectos del pago de la prestación por desempleo, los periodos en que el trabajador no tenía permiso de trabajo ni de residencia y ello evidenciaba un trato discriminatorio. Por resolución de fecha 07/05/2013, se desestimó la reclamación previa del actor indicando en la misma que podía volver a efectuar nueva reclamación cuando disponga del acta de liquidación de cuotas de la TGSS o Informe de la inspección de Trabajo en relación a la falta de cotización del periodo 06/10/07 a 30/03/2010. 5.- La Inspección de Trabajo, en relación al expediente NUM001 registro de entrada 8/0017492/13 empresa GARBATOUR, S.L., informó al actor que "En relación a las otras dos peticiones, acta de infracción por dar ocupación a extranjero sin permiso en el periodo 06/10/2007 a 30/03/2010 y diferencias de cotización de 31/11/2011 a 31/11/2011, no procede actuación alguna- la infracción por dar trabajo a extranjero sin permiso ha prescrito (art. 56 de la Ley Orgánica 4/200, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración, BOE del 12 de enero) y el trabajador no probó en sede judicial que trabajara a tiempo completo." 6.- La Inspección de trabajo y Seguridad Social ha levantado acta provisional de liquidación de cuotas NUM002 a la empresa GARBATOUR, S.L. en concepto de falta de afiliación o alta en el periodo 11/2011 a 09/2012 que ha sido elevada a definitiva confirmándola por resolución de 1/12/2013 y también se ha tramitado de oficio alta y baja del actor en la empresa GARBATOUR, S.L., en el periodo 01/11/2011 a 25/09/2012 y efectos del alta 24/0/2013. 7.- Para el caso de estimación de la demanda la prestación contributiva de desempleo correspondiente al actor lo sería con la base reguladora de 50,84%, pero por parcialidad al 50%, por un periodo de derecho reconocido de 600 días».

TERCERO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictó sentencia en fecha 22 de diciembre de 2014, recurso 4565/2014, en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos el recurso de suplicación que formula Luis Enrique , contra la sentencia del juzgado social 6 de BARCELONA, autos 631/2013, de fecha 28 de marzo de 2014, seguidos a instancia de aquel, contra el SERVICIO PUBLICO ESTATAL DE EMPLEO ESTATAL (SPEE), y la empresa GARBATOUR, S.L. en reclamación en materia de prestación/subsidio de desempleo, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución en todos sus pronunciamientos».

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Luis Enrique , el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 17 de octubre de 2012, recurso 5280/2011.



QUINTO.- Por Providencia de fecha 25 de septiembre de 2015, se admitió a trámite el recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- En Providencia de fecha 4 de julio de 2016, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 27 de septiembre de 2016, acto que fue suspendido y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia se acordó que la deliberación, votación y fallo se hiciera en Pleno de Sala fijándose para el día 18 de enero de 2017, fecha en que se llevó a efecto. En dicho acto, la Magistrada Ponente Excm. Sra. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que por el Excmo. Sr. Presidente encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Angel Luelmo Millan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal y como resulta del relato de la sentencia de instancia, el actor prestó servicios para la empresa demandada desde el 6 de octubre de 2007, contratado de forma irregular por carecer de permiso de trabajo y residencia y, una vez obtuvo el pertinente permiso, fue contratado mediante contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo completo, de fecha 31 de marzo de 2010, convertido en fecha 14 de marzo de 2011 en contrato indefinido a tiempo parcial. Por auto del Juzgado número 4 de Barcelona, recaído en el procedimiento de despido 1065/2011, se despachó ejecución de la sentencia y se declaró extinguido desde ese mismo día el contrato de trabajo, con fijación de indemnización y salarios de tramitación. Por resolución del SPEE de 8 de febrero de 2013 se reconoció como indebida la percepción de la prestación por desempleo, por el periodo de 26 de noviembre de 2011 a 25 de mayo de 2012, y se le reconoció un nuevo derecho a la prestación por desempleo, con fecha de inicio 26 de septiembre de 2012, por un periodo de 300 días. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha levantado acta de liquidación de cuotas, falta de afiliación y alta en el periodo noviembre 2011 a septiembre 2012, elevada a definitiva por resolución de 1 de diciembre de 2013. El actor solicita que se le reconozcan 600 días ya que deben de tenerse en cuenta, a efectos del pago de la prestación, el periodo trabajado en el que no tenía permiso de residencia ni de trabajo.

Recurrida en suplicación por el demandante, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) dictó sentencia el 22 de diciembre de 2014, recurso número 4565/2014, desestimando el recurso formulado.

La sentencia, invocando la sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2008, recurso 3177/2077, entendió que la prestación de desempleo solo la puede obtener el extranjero residente que ha realizado servicios por cuenta ajena sin contar con la pertinente autorización para trabajar, pero no el que, como el actor, se encuentra en España en situación irregular, por lo que, dado que cuando se contrató al trabajador el 6 de octubre de 2007 carecía de permiso de trabajo y de residencia, no obteniendo los mismos hasta el 31 de marzo de 2010, fecha en el que se le realiza un contrato de trabajo, es a partir de dicha fecha el periodo de ocupación cotizada que ha de tenerse en cuenta a efecto de lucrar las correspondientes prestaciones por desempleo. Todo ello sin perjuicio de que pueda ser ajustado a derecho el resarcimiento por la empresa de los daños y perjuicios de toda clase por el incumplimiento de un contrato válido de trabajo, es decir, del contrato celebrado entre empresario y trabajador, aunque esta no tenga permiso de residencia ni de trabajo.

Contra dicha sentencia se interpuso por la representación letrada del actor recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del TSJC el 17 de octubre de 2012, recurso número 5280/2011.

La parte recurrida no se ha personado, habiendo informado el Ministerio Fiscal con la propuesta de que el recurso se declare improcedente.

SEGUNDO.- La sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJC el 17 de octubre de 2012, recurso número 5280/2011, estimó el recurso de suplicación interpuesto por el actor en dicho procedimiento frente a la sentencia de instancia, declarando el derecho del actor a percibir la prestación de desempleo, por un periodo total de 480 días, conforme a la base reguladora diaria de 51,79 ? y la responsabilidad empresarial por los 300 días adicionales de prestación que superan los reconocidos en vía administrativa, sin perjuicio de la obligación de anticipo del Servicio Público de Empleo Estatal y de su derecho a repetir contra la empresa.

Consta en dicha sentencia que el actor prestó servicios a la empresa demandada desde abril de 2006, habiéndosele concedido autorización de residencia temporal y de trabajo el 5 de agosto de 2008. El actor y la empresa suscribieron el 21 de julio de 2008 un contrato de trabajo, en la modalidad de fijo de obra., figurando de alta en la empresa demandada desde el 21 de julio de 2008 al 7 de junio de 2010. El Juzgado número 1 de Sabadell dictó sentencia en autos 1119/2009, declarando improcedente el despido del actor efectuado con



efectos del 17 de noviembre de 2009. Le fue reconocida prestación por desempleo, con fecha de inicio de 8 de junio de 2010 y duración de 180 días, atendiendo a un periodo de ocupación cotizada de 587 días. El trabajador solicita le sea reconocido un periodo mayor de prestación de desempleo, entendiéndose que ha de computarse como periodo de ocupación cotizada aquel en el que estuvo trabajando sin permiso de residencia ni de trabajo. La sentencia entendió que no resulta aplicable la doctrina contenida en la STS de 12 de noviembre de 2008 ya que concurre una circunstancia especial y es que el actor había regularizado su situación personal y laboral mucho antes de solicitar la prestación por desempleo y disponía de permiso de residencia y de trabajo en España a la fecha del hecho causante y ello conduce a que no pueda aplicarse la doctrina jurisprudencial que se refiere exclusivamente a situaciones legales de irregularidad sostenida de la prestación laboral del extranjero, que sigue y se mantiene en la fecha del hecho causante de la prestación de desempleo. Continúa razonando que, siendo el fundamento por el que se deniega el derecho a la prestación, que el trabajador extranjero en situación irregular en España no puede acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada, ya que carece de permiso de trabajo y de residencia, no es la situación del demandante que, al encontrarse en el momento del hecho causante en situación regular, puede buscar empleo y aceptar una colocación adecuada, es decir, se encuentra en condiciones legales para trabajar en España, por lo que deberá tenerse en cuenta la totalidad del periodo anteriormente trabajado para la misma empresa, que deberá asumir a su costa la responsabilidad en el pago de la diferencia de la prestación, con anticipo del Servicio Público de Empleo Estatal.

TERCERO.- Entre la recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadores extranjeros que han prestado servicios en una empresa sin permiso de residencia ni de trabajo, posteriormente se les conceden dichos permisos y la empresa suscribe contrato de trabajo. Los trabajadores son despedidos y los despidos declarados improcedentes. El SPEE les reconoce prestación por desempleo tomando en consideración, como periodo de ocupación cotizada, únicamente el correspondiente al tiempo en el que los trabajadores tenían permiso de residencia y de trabajo, sin considerar el periodo en el que trabajaron sin dichos permisos, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En efecto: en tanto la recurrida entiende que no cabe computar como periodo de ocupación cotizada, a efectos de determinar la duración de la prestación por desempleo, el tiempo trabajado sin permiso de residencia ni de trabajo, la de contraste entiende que se ha de tener en cuenta dicho periodo. Consecuentemente con todo ello y como se decía, cabe concluir que concurren las identidades exigidas por el precepto y norma referidos, por lo que procede entrar a conocer del fondo del asunto.

CUARTO.- El recurrente alega inaplicación o, en su caso, aplicación indebida, de los artículos 100.1, 104, 203.1, 205, 207, 208, 210, 213 y 231 de la L.G.S.S. R.D.L.1/1994 de 20 de junio, en relación con los artículos 14 30 bis de las Leyes Orgánicas 4 y 8 del año 2000, relativo a la regulación de la Extranjería Art. 42.2 del R.D. 84/1996, de 26 de enero, arts. 3.11 1101, 1258 del Código Civil, en relación con el Convenio Colectivo 19 de la O.I.T., en relación con el art. 33-párrafo 2º nº 3 de la L.O. 4/2000, en relación con el art 3.11 del C.C. y en relación también con los arts 126.2 y 220 de la citada L.G.S.S. y art. 41 de la Constitución, en la interpretación dada por las sentencias que cita.

La doctrina establecida por esta Sala a partir de las sentencias de 18 de marzo y 12 de noviembre de 2008 (rrcud 800 y 3177/2007), a las que se hace remisión dando expresamente por reproducidos sus argumentos, especialmente en todo cuanto no se reproduzca a continuación y sea aplicable al caso, se resume en la conclusión de que la prestación de desempleo no la puede obtener el trabajador extranjero que se encuentre en España en situación irregular, trayendo a colación al respecto la primera de las citadas en su noveno fundamento de derecho y tras el examen y razonamientos que es de ver en los anteriores, el artículo 203.1 de la LGSS (262.1 del vigente TRLGSS), el 209.1 de la misma norma (actual 268.1), la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de noviembre de 2.006 y el artículo 207c) LGSS (actual 266 c) en los siguientes términos textuales: *" El art. 203.1 LGSS sólo otorga el derecho al desempleo a quienes "pudiendo y queriendo trabajar" pierden el empleo; y los extranjeros no residentes aunque quieran, no pueden trabajar legalmente puesto que no pueden obtener la pertinente autorización administrativa para ello, ya que ésta, de acuerdo con las previsiones de la LOEx, solo se concede bien a extranjeros ya residentes en España, bien a quienes llegan a ella provistos del permiso de residencia y trabajo que se otorga en los países de origen a quienes integran el contingente anual.*

El art. 209.1 LGSS establece que solo pueden solicitar la prestación de desempleo, "las personas que cumplan los requisitos establecidos en el art. 207 " y ya hemos vistos que el extranjero irregular, como es el caso del ahora recurrente, no los cumple. Y añade, además, que "la solicitud [de desempleo] requerirá la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiera efectuado previamente"; y es evidente que el extranjero irregular tampoco puede formalizar esa inscripción. La Resolución de 11 de julio de 1.996, de la Dirección General Instituto Nacional de Empleo (BOE de 9 agosto) establece que solo podrán inscribirse en las oficinas de empleo los extranjeros no pertenecientes a países miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico

Europeo que, "en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado nacional de trabajo, o la posibilidad de acceder al mismo". Y el actor de este proceso, dada su situación irregular no tenía reconocido ese derecho ni ahora, ni cuando fue contratado. **Exigencia que por cierto reitera la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de noviembre de 2.006** "por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación" (BOE de 6 de diciembre), que, aun inaplicable al caso por razones temporales, tiene un evidente valor orientador. En su artículo 1º dispone que pueden inscribirse como demandantes de empleo solo "los extranjeros que en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado de trabajo". Y en su artículo 2, al enumerar los "documentos acreditativos que dan derecho de acceso al mercado de trabajo" exige siempre la "autorización de residencia", además de estar "en posesión de una autorización administrativa para trabajar o bien, no estando en posesión de ella, y encontrándose legalmente en España, estar en condiciones de acceder a ella".

Por su parte el art. 207.c) LGSS exige como requisito inexcusable, para tener derecho a desempleo: "acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el art. 231 LGSS".

Pues bien, el actor, dada su situación de irregularidad y mientras ésta persista, no puede suscribir dicho compromiso, que es obligación que le impone el art. 231.1.h) LGSS, y que comporta, según el número 2 del mismo artículo numerosas obligaciones, entre ellas las requeridas por el art. 207 de búsqueda activa de empleo y de aceptación de colocación adecuada, que el extranjero irregular no puede atender puesto que no puede realizar ninguna actividad laboral....."

A todo ello añade la de 12 de noviembre de 2008 -que previamente reproduce los términos de la precedente- y en relación con los preceptos del CC que menciona el actor en su recurso, que "lo anteriormente expuesto debe entenderse sin perjuicio, en su caso, de la responsabilidad civil, de carácter resarcitorio y naturaleza contractual, en que haya podido incurrir el empleador por concurrir culpa o negligencia en la contratación. No debe olvidarse que el artículo 1101 del Código Civil (C.C.) sujeta a la indemnización de daños y perjuicios a los que en cumplimiento de sus obligaciones incurran en dolo o morosidad o contravengan de cualquier modo el tenor de aquellas y que el artículo 1258 CC obliga, una vez perfeccionado el contrato, no solo al cumplimiento de lo pactado, "sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley". Tampoco debe ignorarse, al respecto, que el artículo 36.3 LO Ext. establece que los efectos que produce la omisión por parte del empleador de la autorización administrativa para trabajar -validez del contrato y obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle- se entiende "sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar". Entre estas obligaciones, impuestas ex lege al empresario figura la de "solicitar la incorporación al sistema de seguridad social de los trabajadores que ingresan a su servicio" (artículo 100.1 L.G.S.S.), así como la de cumplir la obligación de cotizar siendo responsable de su cumplimiento (art. 104 L.G.S.S.).

Pero, naturalmente, aunque el incumplimiento empresarial de las obligaciones exigidas en estos preceptos, no tenga repercusión en el sistema público prestacional de la seguridad social, como antes se ha razonado, sí, en su caso y en principio, pudiera dar lugar al resarcimiento por el empleador de los daños y perjuicios de toda clase, que dicho incumplimiento de un contrato válido de trabajo -cual es el celebrado entre empresario y trabajador extranjero, aunque éste no tenga permiso de residencia, ni trabajo- ocasione al trabajador. Es decir, el hecho de que el trabajador extranjero "sin papeles" no tenga derecho a la protección de desempleo, según la interpretación antes realizada, no excluye una hipotética responsabilidad del empleador, que pudiera extenderse a las prestaciones de seguridad social, no a título de prestaciones públicas, sino con alcance indemnizatorio a título de responsabilidad empresarial y sin garantía, por lo tanto, a cargo de la Seguridad Social".

QUINTO.- De la filosofía explícita que se desprende de tal jurisprudencia y de la normativa anteriormente mencionada se infiere en definitiva que no es posible tener en cuenta el período de actividad prestado en situación irregular ante la carencia de autorización de residencia y para trabajar, lo que se refuerza ahora, en fin, con la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social -que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico las nueve Directivas que enumera en su preámbulo que se habían aprobado con posterioridad a la última reforma de esa Ley 4/2000 realizada en diciembre de 2003- al establecer en los arts 10, 14 y 36 de esta última, que solo los extranjeros "residentes" (esto es, en situación de residencia legal) que reúnan los requisitos previstos en esa misma norma tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de Seguridad Social (10.1) y que únicamente esos mismos extranjeros "residentes" tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social (14.1), aun cuando "todos" los extranjeros, sea cual fuere su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales "básicas" (14.3), entre las cuales no se cuentan las de desempleo, y que, "en todo caso, el trabajador que carezca de autorización



de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo (36.5), de lo que ineludiblemente se sigue, mientras otra cosa no se excepcione, que el tiempo trabajado en situación irregular tampoco podrá adicionarse a otro distinto.

Es cierto que el hoy recurrente se encuentra actualmente en España en situación regular, tiene permiso de trabajo y de residencia y ha venido prestando servicios para la empresa empleadora desde el 31 de marzo de 2010 en virtud de un contrato de duración determinada, a tiempo completo, transformado posteriormente en un contrato indefinido a tiempo parcial, habiéndosele reconocido prestación por desempleo atendiendo a dicho período de ocupación cotizada. Ocurre, sin embargo, que, como ya se ha indicado, con anterioridad a ese período legal, en concreto desde el 6 de octubre de 2007 al 31 de marzo de 2010, había estado prestando servicios para la misma empresa sin permiso de residencia ni de trabajo. Por ello, dicho período no ha sido tenido en cuenta por el SPEE para establecer el período de ocupación cotizada y fijar las duración de la prestación por desempleo, lo cual ha de considerarse adecuado si se tiene en cuenta que la ineficacia de tal período a efectos prestacionales que de dicha legislación se deriva, dada la ilicitud del mismo y la propia previsión normativa de las correspondientes consecuencias, no se sana por el hecho de que haya regularizado posteriormente su situación, lo que únicamente le da derecho a las prestaciones que, en su caso, haya podido generar por ese período trabajado legalmente y cotizado.

Ambas etapas laborales constituyen compartimentos estancos a estos efectos, al no poder ser tenidas en cuenta sin solución de continuidad y como si de una sola se tratase, magnitudes cronológicas que son evidentemente distintas y que por sus respectivas condiciones, constituyen un antes y un después, con resultados diversos y encontrados en función de la respectiva ilicitud o legitimidad. En el primer período, el trabajador se hallaba en una situación *de facto* que le impedía cotizar y acceder a la prestación debatida y, en cambio, en el segundo, se trata de una situación *de iure* por la regularización operada, pero solo respecto de ese tiempo, no extrapolable al anterior, porque tal regularización produce sus efectos, en lo que a esta materia se refiere, desde que tiene lugar y no posee eficacia retroactiva mientras no lo disponga así la normativa de aplicación que, por lo que se ha visto, se orienta precisamente en sentido contrario.

En función de cuanto antecede y como propone el Ministerio Fiscal, el recurso no es atendible.

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

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por DON Luis Enrique, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 22 de diciembre de 2014, recaída en el recurso de suplicación núm. 4565/2014, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de los de Barcelona, dictada el 28 de marzo de 2014, en los autos de juicio núm. 631/2013, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Luis Enrique, contra Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) y la empresa GARBATOUR, S.L., sobre PRESTACION POR DESEMPLEO. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez 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. Miguel Angel Luelmo Millan D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego D. Jesus Souto Prieto D. Jordi Agustí Julia

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula la Magistrada Excm^a. Sra. Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga en la sentencia dictada en el recurso **1153/2015**, al que se adhieren los Magistrados Doña Rosa Maria Viroles Piñol, Doña Maria Lourdes Arastey Sahun, Don Sebastian Moralo Gallego y D. Jordi Agustí Julia.

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 **1153/2015**.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- 1.- Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, que se recoge en la sentencia, discrepo del fallo de la misma, por los razonamientos que a continuación se expondrán.

2.- Una recta comprensión de la cuestión debatida exige examinar las vicisitudes de la regulación normativa de la materia, así como de la doctrina jurisprudencial que ha interpretado la misma.

Respecto a los pronunciamientos de esta Sala en materia de protección por desempleo de trabajadores extranjeros, que no reúnen los requisitos legalmente exigidos para poder trabajar en España, podemos citar los siguientes, dictados al hilo de las reformas que ha sufrido la legislación sobre extranjería.

Así, durante la vigencia de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio, esta Sala dictó la sentencia de 21 de diciembre de 1994, recurso 1466/94, seguida de la de 25 de septiembre de 1995, recurso 3854/94, en dichas sentencias reconoció el derecho a percibir prestación de desempleo a un trabajador extranjero cuyo permiso de trabajo había expirado, pero continuaba vigente el permiso de residencia.

La sentencia primeramente citada contiene el siguiente razonamiento:

"El trabajo en España de los extranjeros -con independencia del régimen especial aplicable a los ciudadanos de los países de la Unión Europea y de determinadas actividades excluidas- está sometido a un régimen de autorización administrativa (artículo 15 de la Ley Orgánica 7/1985). Esta autorización, cuya concesión se somete a una serie de criterios legales que la Administración debe ponderar, presenta tres características que hay que tener en cuenta para la decisión que aquí interesa: 1) la concesión del permiso de trabajo se condiciona en el caso de trabajadores por cuenta ajena a que el solicitante presente contrato de trabajo por escrito o justifique documentalmente el compromiso formal de colocación por parte de la empresa que pretenda emplearlo (artículo 17.1 de la Ley y artículo 49.5 del Reglamento, aprobado por Real Decreto 1119/1986), 2) se trata de autorizaciones de vigencia limitada, pero susceptibles de renovación y de nuevas concesiones (artículos 15 y 19.1 de la Ley Orgánica 7/1985 y preceptos concordantes del Reglamento) y 3) terminada la vigencia de un permiso de trabajo, el trabajador extranjero puede permanecer en España con permiso de residencia (artículo 19.2 de la Ley Orgánica 7/1985), buscar otro empleo y solicitar un nuevo permiso de trabajo. No puede afirmarse, por tanto, que el extranjero pueda trabajar libremente en España hasta que no se le deniegue el permiso de trabajo (tesis que parece acoger la sentencia de contraste), pero tampoco puede sostenerse que el extranjero que no ha obtenido permiso de trabajo esté afectado de una imposibilidad absoluta para trabajar (tesis de la sentencia recurrida). La autorización administrativa es una técnica de intervención pública que pertenece al tipo de la denominada actividad administrativa de limitación. Esta se define por la doctrina científica como la que, de acuerdo con la ley, opera en el ámbito de la restricción de la libertad de los particulares, pero sin sustituir la actividad de éstos, y presenta distintos grados. La técnica autorizatoria, que debe distinguirse frente a la prohibición absoluta, suele manifestarse de dos formas: como acto administrativo que levanta una prohibición relativa prevista en una norma de policía (prohibición con reserva de autorización) o como control meramente declarativo para el ejercicio de un derecho o facultad de preexistente. Aunque se admita que en el caso del permiso de trabajo estamos ante la primera modalidad de intervención, la misma no puede confundirse con una prohibición absoluta, que impida el trabajo y elimine la situación de desempleo, porque, como se ha visto, el trabajador extranjero puede continuar en el territorio español si cuenta con permiso de residencia; puede también buscar otro empleo y, por último, cuando lo encuentre puede, a su vez, solicitar el permiso de trabajo.

La concesión de éste podrá presentar dificultades a la vista de los criterios aplicables de acuerdo con el artículo 18 de la Ley Orgánica 7/1985, pero estas dificultades no eliminan de forma absoluta la posibilidad de trabajo y, en consecuencia, resulta apreciable la existencia de una situación de desempleo. En el presente caso el trabajador tiene permiso de residencia con validez hasta el 20 de mayo de 1994 y el período de desempleo reclamado, por la duración máxima de veinticuatro meses, terminaría precisamente en esa fecha, por lo que durante todo ese período el trabajador puede permanecer en el territorio nacional y buscar empleo, solicitado en su caso el correspondiente permiso de trabajo. Procede, por tanto, la estimación del recurso para casar la sentencia recurrida, desestimar el recurso de suplicación y confirmar la sentencia de instancia que estimó la demanda del trabajador frente al Instituto Nacional de Empleo."

En aplicación de la LO 4/2000, de 11 de enero, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, esta Sala, entre otras, ha dictado las sentencias de 18 de marzo de 2008, recurso 800/2007 y de 12 de noviembre de 2008, recurso 3177/2007, en las que se ha denegado la prestación de desempleo al trabajador extranjero en situación irregular (sin autorización de residencia ni de trabajo) que ha trabajado por cuenta ajena sin autorización para trabajar.

La sentencia citada en primer lugar contiene el siguiente razonamiento:

,SEPTIMO.- No es posible, sin embargo, aplicar tal previsión al caso, puesto que lo que ahora se cuestiona no una prestación derivada de contingencias profesionales, sino el reconocimiento del derecho a la prestación de desempleo a los emigrantes irregulares o no residentes.



Y no es posible porque, de un lado, al contrario de lo que ocurre con las contingencias profesionales, no existen Convenios Internacionales integrados en nuestra normativa interna, que así lo autoricen. Y de otro, porque la LOEx tampoco prevé ese derecho, según lo antes razonado. Es más, la adopción de la decisión contraria, sería tanto como desconocer la finalidad que pretende la LOEx que es incentivar la entrada y la estancia regular de los extranjeros en España. El reconocimiento de todas las prestaciones de S.Social a los irregulares, que es a la postre a lo que conduce la concesión del desempleo, supondría la plena equiparación entre los extranjeros residentes y la emigración irregular o clandestina; con la lógica desincentivación que supone para el extranjero que tiene que acudir a los complejos trámites necesarios para conseguir una autorización de residencia, o una autorización de residencia y trabajo, el saber que puede disfrutar de los mismos derechos mediante la entrada clandestina en el país.

Ello implicaría, además, la creación judicial de una especie de regularización, encubierta y en espiral, del emigrante irregular quien, pese a que en ningún caso podría obtener la autorización de residencia (art. 50.g) del RD 2393/2004), no podría sin embargo ser expulsado del país mientras estuviera percibiendo la prestación de desempleo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 57.5.d) de la LOEx (en buena lógica hay que entender que este supuesto de suspensión de la expulsión, no está previsto para este caso, sino para los de irregularidad sobrevenida, distinto del que examinamos; es decir el del extranjero residente que está percibiendo una prestación de desempleo consecutiva al desempeño de un trabajo por cuenta ajena amparado en un contrato de trabajo regularizado, y al que con posterioridad a la finalización del trabajo le ha caducado la autorización de residencia). Y además durante el tiempo de percepción de la prestación podría volver a buscar otra ocupación laboral sin contar con la correspondiente autorización para trabajar, a cuyo final, de aceptarse la tesis que defiende el recurrente, se generaría un nuevo derecho a desempleo, con la consiguiente nueva imposibilidad de llevar a cabo la expulsión.

OCTAVO.- Finalmente, y aunque hubiera sido de aplicación al caso el último párrafo del nº 2 del art. 42 del RD. 84/1996 en la redacción dada por el RD 1.041/2.005 de 5 de septiembre: "Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley" (regla que por cierto presenta graves dificultades de coordinación con las anteriores que contiene el mismo artículo), tampoco surgiría el derecho a la prestación de desempleo.

El art. 42.2 alude solo a "determinadas prestaciones", aunque sin concretarlas, lo que no permite otorgarle un alcance omnicompreensivo de todas las prestaciones de Seguridad Social que sería, como antes apuntamos, lo que resultaría si entendiéramos incluido el desempleo contributivo en esas "determinadas prestaciones". Y aún entonces, persistiría el obstáculo que nace de la propia previsión del precepto, que condiciona el acceso a esas determinadas prestaciones a que éstas se hubieran podido obtener "de acuerdo con lo establecido en la Ley". Porque la Ley General de la Seguridad Social que regula la prestación de desempleo, ha establecido para su reconocimiento, como acertadamente razona la sentencia recurrida, una serie de requisitos que en ningún caso pueden cumplir los extranjeros en situación irregular, como vamos a ver.

NOVENO.- El art. 203.1 LGSS solo otorga el derecho al desempleo a quienes "pudiendo y queriendo trabajar" pierden el empleo; y los extranjeros no residentes aunque quieran, no pueden trabajar legalmente puesto que no pueden obtener la pertinente autorización administrativa para ello, ya que ésta, de acuerdo con las previsiones de la LOEx, solo se concede bien a extranjeros ya residentes en España, bien a quienes llegan a ella provistos del permiso de residencia y trabajo que se otorga en los países de origen a quienes integran el contingente anual.

El art. 209.1 LGSS establece que solo pueden solicitar la prestación de desempleo, "las personas que cumplan los requisitos establecidos en el art. 207 " y ya hemos visto que el extranjero irregular, como es el caso del ahora recurrente, no los cumple. Y añade, además, que "la solicitud [de desempleo] requerirá la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiera efectuado previamente"; y es evidente que el extranjero irregular tampoco puede formalizar esa inscripción. La Resolución de 11 de julio de 1.996, de la Dirección General Instituto Nacional de Empleo (BOE de 9 agosto) establece que solo podrán inscribirse en las oficinas de empleo los extranjeros no pertenecientes a países miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que, "en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado nacional de trabajo, o la posibilidad de acceder al mismo". Y el actor de este proceso, dada su situación irregular no tenía reconocido ese derecho ni ahora, ni cuando fue contratado.

Exigencia que por cierto reitera la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de noviembre de 2.006 "por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación" (BOE de 6 de diciembre), que, aun inaplicable al caso por razones temporales, tiene un evidente valor orientador. En su artículo 1º dispone que pueden inscribirse como

demandantes de empleo solo "los extranjeros que en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado de trabajo". Y en su artículo 2, al enumerar los "documentos acreditativos que dan derecho de acceso al mercado de trabajo" exige siempre la "autorización de residencia", además de estar "en posesión de una autorización administrativa para trabajar o bien, no estando en posesión de ella, y encontrándose legalmente en España, estar en condiciones de acceder a ella".

Por su parte el art. 207.c) LGSS exige como requisito inexcusable, para tener derecho a desempleo: "acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el art. 231 LGSS ". Pues bien, el actor, dada su situación de irregularidad y mientras ésta persista, no puede suscribir dicho compromiso, que es obligación que le impone el art. 231.1.h) LGSS, y que comporta, según el número 2 del mismo artículo numerosas obligaciones, entre ellas las requeridas por el art. 207 de búsqueda activa de empleo y de aceptación de colocación adecuada, que el extranjero irregular no puede atender puesto que no puede realizar ninguna actividad laboral.

Debe señalarse, por último, que la ausencia de tales requisitos no puede ser imputable al empresario, salvo que éste forme parte de las "redes organizadas para la inmigración ilegal o el tráfico ilícito de mano de obra" de las que habla el art. 59 LO 4/2000, puesto que la situación de irregularidad por ausencia de autorización de residencia, es previa a la contratación y solo responsabilidad del propio extranjero "no residente", que decidió entrar y permanecer ilegalmente en España; lo que impediría, incluso, el nacimiento de la responsabilidad indemnizatoria a la que hemos aludido en el fundamento quinto "in fine" y que en este caso no se ha solicitado.

3.- Seguidamente se procede el examen de la compleja normativa reguladora de la protección dispensada a un trabajador extranjero en situación irregular, es decir, que carece de la correspondiente autorización de trabajo y de residencia.

El artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social establece: "Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil o profesión, los españoles que residen en España y los extranjeros que residen o se encuentren legalmente en España, siempre que en ambos supuestos ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes: a) trabajadores por cuenta ajena." Por su parte el apartado 5 del precepto dispone: "Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español se equipararan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el número 3 de este artículo. Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados a tal efecto, o cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida".

El examen del citado precepto revela que la LGSS únicamente considera incluidos dentro de su campo de aplicación a los extranjeros que tengan la condición de residentes en España. En el mismo sentido el artículo 14. I de la LOEX expone: "Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles".

La claridad de tales preceptos se ve perturbada por la confusa redacción del artículo 36.3 de la LOEX que parece contemplar una excepción, frente a la anterior regla general de la imposibilidad de reconocer prestaciones de Seguridad Social al extranjero que trabaja sin autorización.

El precepto, en la redacción dada por la LO 14/2003, disponía: "La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que de lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle". Hay que señalar que el último párrafo, que hace referencia expresa a responsabilidad en materia de "seguridad social y prestaciones que pudieran corresponderle" ha sido añadido por la citada Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

El tenor literal del precepto proporciona una regla protectora respecto a las prestaciones de seguridad social del trabajador extranjero en situación irregular, con lo que dulcifica el rigor que presenta el artículo 7 de la LGSS y el 14.4 de la LOEX, permitiendo vislumbrar que, aunque se encuentre en situación irregular, el trabajador extranjero tiene derecho a determinadas prestaciones de la seguridad social. Si el legislador hubiera querido limitar las prestaciones a los servicios y prestaciones sociales básicas, como se ha apuntado por algún sector doctrinal, se hubiera remitido al artículo 14.3 de la LOEX -los extranjeros cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas- en lugar de consignar la amplia fórmula de "prestaciones que pudieran corresponderle".

La modificación de la LOEX, operada por la LO 2/2009, el 11 de diciembre, en cuya exposición de motivos se señala que "los poderes públicos deben ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios, de tal manera



que los mismos se ajusten a nuestra capacidad de acogida..." ha incidido en el contenido del artículo 36, modificando el apartado 1, añadiendo el apartado 2 y modificando el apartado 3, que ahora pasa a ser el 5.

Apartado 1: „Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización para trabajar se concederá conjuntamente con la de residencia...„

Apartado 2: "La eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social. La Entidad Gestora comprobará en cada caso la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad".

Apartado 4: „Para la contratación de un extranjero, el empresario deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que en todo caso deberá acompañarse del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización,

Apartado 5 -anterior apartado 3: "La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que de lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores ni otras que pudieran corresponderles, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo".

La redacción actual del precepto trata de limitar la amplitud con el que el precepto en la redacción originaria se refería a "las prestaciones que pudieran corresponderle" concretándolas a "prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores", y si bien es cierto que añade "u otras que pudieran corresponderle", a renglón seguido parece limitarlas al establecer "siempre que sean compatibles con su situación".

La reforma introducida intenta concretar las prestaciones de seguridad social que puedan corresponder a un trabajador extranjero en situación irregular, reconduciéndolas a lo regulado en los convenios internacionales y, en el supuesto de no estar contempladas en dichos convenios, condicionándolas a que "sean compatibles con su situación".

El Real Decreto 1041/2005, de 5 de septiembre, ha reformado el artículo 42 del Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por R.D. 84/1996, de 26 de enero, disponiendo lo siguiente: "2. Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley". En este precepto se consigna el reconocimiento del derecho del trabajador extranjero en situación irregular a percibir determinadas prestaciones de Seguridad Social, si bien no concreta cuáles.

SEGUNDO.- 1.- Para determinar si, en el supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala, procede tomar en consideración, a efectos de determinar el periodo de ocupación cotizada para fijar la duración de la prestación por desempleo -el derecho a la prestación ya lo tiene reconocido- el tiempo durante el que el trabajador extranjero estuvo prestando servicios sin autorización para residir ni trabajar o, únicamente, procede tener en cuenta el periodo a partir del cual continuó prestando servicios disfrutando de las pertinentes autorizaciones, se hace preciso reflexionar acerca del alcance del artículo 36.5 de la LO 4/2000, de 11 de enero, en su redacción actual, para determinar a qué prestaciones se refiere.

Para determinar a que prestaciones de seguridad social se refiere el precepto hay que señalar que las mismas pueden derivar de contingencias profesionales y de contingencias comunes, encontrándose entre estas últimas la prestación por desempleo. Se plantea si el precitado artículo 36.5 se refiere a las prestaciones derivadas de ambos tipos de contingencias o únicamente comprende las primeras.

2.- Entiendo que el precepto abarca ambos tipos de contingencias Las razones que avalan tal conclusión son las siguientes:

Primero: Si el precepto únicamente hubiera querido contemplar las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, como derecho que se reconoce al trabajador extranjero en situación irregular, lo hubiera hecho constar expresamente, por lo que, donde la ley no distingue, no cabe distinguir.

Segundo: En ningún caso cabe la interpretación restrictiva de un precepto que reconoce derechos inherentes a todo trabajador, cual es la protección ante la falta de trabajo, sustituyendo el salario que se deja de ingresar -que es el medio de vida del trabajador y su familia- por la prestación de desempleo.



Tercero: Si el precepto contemplara únicamente las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, sería superflua la modificación introducida por la Ley Orgánica 14/2003, posteriormente matizada por la LO 2/2009, pues dichas prestaciones ya venían reconociéndose a los trabajadores extranjeros en situación irregular, tal como resulta entre otras, de la sentencia de esta Sala de 7 de octubre de 2003, recurso 2153/02.

Cuarto: La propia normativa orgánica reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España ya preveía, de forma indirecta, la posibilidad de reconocer a un extranjero, en situación irregular, prestaciones derivadas de contingencias profesionales, al regular en el artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000 lo siguiente: "5.- La sanción de expulsión no podrá ser impuesta a....d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España."

Quinto: Los compromisos internacionales suscritos por España avalan el reconocimiento de prestaciones, tanto derivadas de contingencias profesionales como comunes a los inmigrantes irregulares. A este respecto hay que señalar que España ratificó mediante instrumento de 23 de febrero de 1967 (BOE de 7 de junio) el Convenio nº 97 de la OIT, relativo a los trabajadores inmigrantes, que en su artículo 6 dispone que "todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes; ...b) la seguridad social." Dicho precepto tal como señala la sentencia de esta Sala de 7 de octubre de 2003, recurso 2153/2002, ha de entenderse complementado por la Recomendación núm. 151 sobre los Trabajadores migrantes, en cuanto dispone en su apartado 8.3 que "los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse deberán de disfrutar de la igualdad de trato, tanto para ellos como sus familias, en lo concerniente a los derechos derivados de su empleo o empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social..."

Sexto: Si es al empresario al que incumbe solicitar la autorización administrativa previa para trabajar que requiere el trabajador extranjero (artículo 36.4 de LO. 4/2000), no cabe hacer recaer sobre el trabajador las perjudiciales consecuencias que puedan seguirse del hecho de que el empresario no solicite dicha autorización, o le sea denegada, en ocasiones por causas inherentes a la persona del empresario, como puede ser el que haya sido sancionado con anterioridad por ocupar trabajadores extranjeros sin el pertinente permiso de trabajo.

Séptimo.- El artículo 205 de la LGSS, bajo el epígrafe ,Personas protegidas,, dispone en su apartado 1: ,Estarán comprendidos en la protección por desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia, los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social.... El empresario está obligado a cotizar por los trabajadores extranjeros durante todo el tiempo de prestación de sus servicios, aun cuando carezcan de permiso de trabajo, tal y como ha establecido la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencia de 2 de diciembre de 1998.

En la citada sentencia ha resuelto que existe obligación de cotizar durante el tiempo de prestación de servicios de un trabajador extranjero, sin permiso de trabajo, con el siguiente razonamiento: ,Mas en el caso de un contrato nulo y éste es el presente dada la realidad de la prestación de trabajo durante casi cinco años al apelado, por un extranjero sin permiso de trabajo al que no le es aplicable con eficacia la presunción de laboralidad a causa de la prohibición legal analizada, el art. 9.2 ET establece que el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiere prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido; lo que implica la introducción en el ámbito del Derecho Social de una especificación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, superando el Estatuto de los Trabajadores la regla segunda del art. 1306 del Código Civil.

Sin duda este principio de cumplimiento de lo debido por el empresario en razón del tiempo trabajado, es aplicable a la cotización a la Seguridad Social, pues la referencia del art. 7.4 LGSS/1974 a lo establecido en los Tratados y Convenios, lo está en función de las situaciones de normalidad, no en lo referente a los casos de ilegalidad cometida por un empresario que en la relación laboral material (no contrato de trabajo) establecida con el inmigrante ilegal, ocupa a todas luces una posición dominante y conocedora en lo usual de sus obligaciones básicas, mientras que la persona del trabajador inmigrante se halla respecto a él en un plano de inferioridad. Esto determina la aplicación al cumplimiento las obligaciones legales del empresario con la Seguridad Social en cuanto a cotización, del mismo principio sobre el que descansa la norma del art. 9.2 ET, lo que como señala la doctrina más autorizada, tiene su reflejo en el art. 70.1 LGSS/1974 al establecer con pleno carácter autónomo la obligación de cotizar a la Seguridad Social desvinculando la cotización de otras obligaciones previas formales: la obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación de trabajo (es decir, sin referencia a contrato válido y sólo en función de la prestación de la actividad), y aún mas, señala la norma que la mera solicitud del antiguo INP, hoy Tesorería General de la Seguridad Social, de la



afiliación o alta del trabajador, sin entrar la norma en si es o no ajustada a derecho tal afiliación o alta, surtirá en todo caso idéntico efecto (en cuanto a la cotización), es decir, aun no siendo procedente la afiliación al alta, se cotiza en función al tiempo trabajado".

3.- Las anteriores consideraciones han de ser matizadas, a la vista de la doctrina establecida por esta Sala a partir de las sentencias de 18 de marzo de 2008, recurso 800/2007 y 12 de noviembre de 2008, recurso 3177/2007, que, en esencia, concluyen señalando que la prestación de desempleo no la puede obtener el trabajador extranjero que se encuentre en España en situación irregular, razonando:

- El artículo 203.1 de la LGSS solo otorga el derecho al desempleo a quienes ,pudiendo y queriendo trabajar, pierden el empleo y los extranjeros en situación irregular, aunque quieran, no pueden trabajar legalmente en España.

- El artículo 209.1 de la LGSS establece que solo pueden solicitar la prestación de desempleo, "las personas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 207" y el extranjero irregular, no los cumple. Y añade, además, que "la solicitud [de desempleo] requerirá la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiera efectuado previamente"; y es evidente que el extranjero irregular tampoco puede formalizar esa inscripción.

- La Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de noviembre de 2.006 "por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación" (BOE de 6 de diciembre), que, aun inaplicable al caso por razones temporales, tiene un evidente valor orientador. En su artículo 1º dispone que pueden inscribirse como demandantes de empleo solo "los extranjeros que en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado de trabajo". En su artículo 2 , al enumerar los "documentos acreditativos que dan derecho de acceso al mercado de trabajo", exige siempre la "autorización de residencia", además de estar "en posesión de una autorización administrativa para trabajar o bien, no estando en posesión de ella, y encontrándose legalmente en España, estar en condiciones de acceder a ella".

- El artículo 207c) LGSS exige como requisito inexcusable, para tener derecho a desempleo: "acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el artículo 231 LGSS,, compromiso que no puede suscribir el trabajador que se encuentre en situación irregular y que comporta, según el número 2 del mismo artículo, numerosas obligaciones, entre ellas las requeridas por el artículo 207, de búsqueda activa de empleo y de aceptación de colocación adecuada, que el extranjero irregular no puede atender puesto que no puede realizar ninguna actividad laboral.

TERCERO.-1.- El hoy recurrente se encuentra en España en situación regular, tiene permiso de trabajo y de residencia, ha venido prestando servicios para la empresa Garbatour SL, desde el 31 de marzo de 2010, en virtud de un contrato de duración determinada, a tiempo completo, transformado posteriormente en un contrato indefinido a tiempo parcial, habiéndosele reconocido prestación por desempleo, atendiendo a dicho periodo de ocupación cotizada.

Ocurre sin embargo que, con anterioridad a dicha fecha, en concreto desde el 6 de octubre de 2007 al 31 de marzo de 2010, el actor vino prestando servicios para la citada empresa Garbatour SL, sin permiso de residencia ni de trabajo y dicho periodo no ha sido tenido en cuenta por el SPEE para establecer el periodo de ocupación cotizada y fijar las duración de la prestación por desempleo.

No resulta de aplicación la doctrina sentada en las sentencias de esta Sala de 18 de marzo de 2008, recurso 800/2007 y 12 de noviembre de 2008, recurso 3177/20, ya que examinan el supuesto de un trabajador extranjero que en el momento del hecho causante -y durante toda la prestación de servicios- se encuentra en España en situación irregular, sin permiso de residencia ni trabajo, situación que no concurre el hoy recurrente que en el momento del hecho causante tiene dichos permisos, aunque carecía de ellos durante un determinado periodo de prestación de su actividad laboral.

2.- Habiendo incumplido el empresario Garbatour SL sus obligaciones en materia de alta y cotización del trabajador D. Luis Enrique , procedería declarar su responsabilidad directa, en virtud de lo establecido en el artículo 126. 2 de la LGSS, procediendo el anticipo de dichas prestaciones por el SPEE, en virtud de lo dispuesto en el artículo 125.3 de la LGSS, subrogándose en los derechos y acciones del trabajador frente a la citada empresa.

CUARTO.- Por todo lo razonado, entiendo que la sentencia debió estimar el recurso formulado, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por D. Luis Enrique , estimando la demanda formulada.



Madrid, 31 de enero de 2017

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Angel Luelmo Millan así como el voto particular formulado por la Excma. Sra. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, al que se adhieren los/as Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as, Doña Rosa María Viroles Piñol, Doña María Lourdes Arastey Sahun, Don Sebastian Moralo Gallego y Don Jordi Agustí Julia hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

8.3- Anexo III- Sentencia Social del Tribunal Supremo 4894/2013, Sala de lo Social, Sección I, Rec. 2398/2012 de 17 de septiembre de 2013. Ponente Jesús Souto Prieto, Núm. Cendoj: 28079140012013100660. Núm. Ecli: ES:TS:2013:4894, Núm. Roj: STS 4894/2013

TS, Sala de lo Social, de 17/09/2013, Rec 2398/2012

- **Orden:** Social
- **Fecha:** 17 de Septiembre de 2013
- **Tribunal:** Tribunal Supremo
- **Ponente:** Souto Prieto, Jesus
- **Núm. Recurso:** 2398/2012
- **Núm. Cendoj:** 28079140012013100660
- **Núm. Ecli:** ES:TS:2013:4894
- **Núm. Roj:** STS 4894/2013

Resumen:

DESPIDO IMPROCEDENTE. CONTRATO DE TRABAJO CON TRABAJADOR EXTRANJERO NO COMUNITARIO QUE CARECÍA DE AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR. VALIDEZ DEL CONTRATO RESPECTO DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR (INDEMNIZACIÓN Y SALARIOS DE TRAMITACIÓN). [LOEX](#) 2/09, DE 11 DE DICIEMBRE. REITERA DOCTRINA STS. DE 29/9/03 (RCUD. 3003/02) Y 21/6/11 (RCUD. 3428/10).

Encabezamiento

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Septiembre de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Daniel Revuelta Calzada en nombre y representación de D. Juan , frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 23 de abril de 2012 dictada en el recurso de duplicación número 210/12 formulado por la empresa PROIESCON, S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 23 de Madrid de fecha 29 de septiembre de 2011 autos nº 769/11, dictada en virtud de demanda formulada por D. Juan , frente a la empresa PROIESCON, S.L. sobre Despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido la empresa PROIESCON, S.L. representada por el letrado D. Juan Durán Fuentes General Moscardó.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,

Antecedentes

PRIMERO.-Con fecha 29 de septiembre de 2011, el Juzgado de lo Social número 23 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: 'Que desestimando la alegada falta de acción y estimando la demanda promovida por D. Juan , frente a la empresa PROIESCON, S.L., declaro extinguida la relación laboral que unía a las partes y condeno a la demandada a abonar al trabajador demandante la cantidad, de 16.637,44 €, en concepto de indemnización, con abono además, en concepto de salarios de tramitación devengados hasta la fecha, de la cantidad de 5.533,35 €.

SEGUNDO.-En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: 'PRIMERO: Que el actor, ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada, dedicada a la actividad de construcción, desde el 4 de febrero de 2004, con la categoría profesional de Capataz, percibiendo un salario mensual de 1.495,41 €, con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias. SEGUNDO.-Que la empresa demandada remitió a la TGSS, el 10 de junio de 2011, una carta mediante la que solicitaba la baja de oficio del actor, 'ya que nos acabamos de enterar que no le ha sido renovado su permiso de trabajo', que fue contestada por Oficio, de 16 de junio de 2011 -remitido también al trabajador- en el que se expone que esa Administración ha detectado que el trabajador demandante 'carece de autorización legal para trabajar en España desde el 22/09/2008, por lo que se ha iniciado expediente de baja de oficio con esta misma fecha en el régimen General de la Seguridad Social', otorgando un plazo de 10 días a efecto de alegaciones previas a dictar la resolución que proceda. TERCERO.-Que asimismo, la empresa remitió al trabajador carta, el 10 de junio de 2011, con el siguiente contenido: 'Muy Sr. Nuestros: Ante la negativa de usted de aportarnos su permiso de trabajo y residencia solicitado, la empresa PROIESCON S.L. ha comparecido ante la TGSS donde nos comunican que usted carece de permiso de trabajo y residencia para trabajar en España desde el año 2008, situación que la empresa desconocía, pudiendo habernos causado graves problemas. Lamentándolo mucho le comunicamos que la Administración, procede a darle de baja de oficio desde la fecha en la que a usted no le hayan concedido su documentación, fecha desde la cual usted se encuentra en situación ilegal en España'. CUARTO.-Que la referida carta fue contestada por el actor, el 13 de junio de 2011, manifestando lo siguiente: 'Muy Sres. Nuestros: El pasado 9/junio/2011, al finalizar la jornada laboral se me

comunicó que si no presentaba la documentación relativa a mi permiso de trabajo/residencia procederían a cursar mi baja en la empresa. Al día siguiente, 10/Junio, tras entregarles nuevamente copia de mi documentación, así como de la solicitud del referido permiso, me comunicaron que no podía seguir trabajando entregándome carta en la que afirman que la Administración ha procedido a cursar mi baja de oficio. Ante el irregular proceder por parte de la empresa, que a su antojo y sin causa que lo justifique extingue mi contrato, les requiero fehacientemente para que clarifiquen la situación en la que me encuentro. Caso de no recibir noticias suyas de inmediato, entenderé que ratifican la decisión de proceder a mi DESPIDO con efectos desde el 10/Junio/2011. Quedo a la espera de sus noticias'. QUINTO.-Que el actor, NIE NUM000 , de nacionalidad ecuatoriana, nacido el NUM001 /1973, casado con una ciudadana española, tiene solicitada tarjeta de residencia familiar de ciudadano de la unión europea, el 28 de octubre de 2010, hecho que alegó y acreditó ante la TGSS, en escrito remitido el 11/07/2011, a efectos de alegaciones. SEXTO.-que no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la cualidad de representante unitario o sindical de los trabajadores. SÉPTIMO.-Que en fecha 5 de julio de 2011, tuvo lugar el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de sin avenencia'.

TERCERO.-La citada sentencia fué recurrida en suplicación por la empresa PROIESCON, S.L., dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia con fecha 23 de abril de 2012 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: 'Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa POIESCON, S.L. frente a la sentencia de 29 de septiembre de 2011 del Juzgado de lo Social nº 23 de los de Madrid , dictada en los autos 769/2011, seguidos a instancia de don Juan contra la recurrente y en su consecuencia revocamos la citada resolución y absolvemos a la demandada de las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda. Sin costas'.

CUARTO.-El letrado D. Daniel Revuelta Calzada, en nombre y representación de D. Juan mediante escrito presentado el 13 de julio de 2012, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 5 de octubre de 2010 (recurso nº 2002/2010). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000 y 52.a), 54 , 55 y 56 del [Estatuto de los Trabajadores](#) .

QUINTO.-Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de estimar la procedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de septiembre de 2013, en el que tuvo lugar.

Fundamentos

PRIMERO.-La cuestión que se debate en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si un trabajador extranjero que carece del correspondiente permiso de trabajo, una vez despedido, tiene o no derecho a las prestaciones inherentes a un despido improcedente.

Consta en la sentencia recurrida -de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de abril de 2012 (R. 210/2012) que el actor, de nacionalidad ecuatoriana, que prestaba servicios para la empresa demandada desde el 4 de febrero de 2004, carecía de la autorización de trabajo desde el 22/9/2008, lo que determinó que por la TGSS se iniciara expediente de baja de oficio en el régimen general de la seguridad social y que la empresa Proiescon SL le comunicase la extinción del contrato de trabajo el 10 de junio de 2011, alegando esa causa. El actor solicitó el 28 de octubre de 2010 tarjeta de residencia familiar, por estar casado con ciudadana española. El juzgado de lo social declaró extinguida la relación laboral, condenando a la empresa a abonar al actor la indemnización por despido improcedente, así como los salarios de tramitación devengados hasta la fecha de la sentencia. La sentencia recurrida ha revocado el fallo y convalida la decisión empresarial, desestimando íntegramente la demanda. Considera que una circunstancia sobrevenida, a la que es ajena el empresario, autoriza para extinguir el contrato por haberse transformado en una prestación de servicios ilegal que contraviene tanto la norma sobre extranjería como la reguladora del régimen sancionador, por lo que debe calificarse de nulo de pleno derecho con causa ilícita. Todo ello sin perjuicio de las previsiones del art. 9.2 [ET](#) pero excluyendo la indemnización y salarios de trámite correspondientes a un despido improcedente, pues de lo contrario se impondría al empresario una obligación prevista para los casos de extinción unilateral ilícita o por causas objetivas. Posibilidad que descarta la sentencia porque en el supuesto de autos no se ha producido un despido, al no ser la pérdida de la autorización para trabajar imputable a la empresa.

Recorre en casación unificadora el trabajador alegando de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 5 de octubre de 2010 (R. 2002/2010) en la que constan probados los siguientes hechos: el actor, de nacionalidad colombiana, venía prestando servicios por cuenta ajena hasta que la resolución del Subdelegado del Gobierno de 9 de noviembre de 2009 le deniega la renovación del permiso de residencia y trabajo; el 10 de diciembre de 2009 (estaba en incapacidad temporal desde el 7 de septiembre de 2009) se persona en la empresa y allí es objeto de un despido verbal alegando su situación irregular, procediéndose a cursar su baja en Seguridad Social con efectos del 9 de noviembre de 2009. La sentencia confirma la de instancia que declaró improcedente el despido con todas las consecuencias legales derivadas de tal declaración. Frente al argumento empresarial de que la falta de renovación de los permisos lleva aparejada la nulidad radical del contrato, la sentencia de contraste afirma que esa falta genera la aparición de una causa de ineptitud sobrevenida que permite al empresario despedir por la vía del art. 52 a) [ET](#) , al igual que ocurre con los casos de no renovación del permiso de conducir, pérdida de la titulación académica precisa para enseñar o del título que permitía estar enrolado en un buque de la marina mercante. Por otra parte, la sentencia discrepa de la

doctrina unificada en cuanto a la plena validez del contrato para sostener que el contrato es nulo por esa falta de capacidad pero opera como válido en cuanto al trabajador, según la expresión «respecto a los derechos del trabajador extranjero». En definitiva, define su naturaleza como «pérdida de aptitud sobrevenida, sujeta al régimen foral e indemnizatorio de los despidos objetivos».

En primer lugar hay que decir que aun siendo diferente la redacción de la norma aplicada por cada sentencia - art. 36.5 de la [LOEX](#) según la reforma de la LO 2/2009 en la sentencia recurrida, y art. 36.3 redactado según la LO 14/2003 en la sentencia de contraste-, se estima que hay contradicción entre las sentencias comparadas. Los supuestos no presentan diferencias apreciables o las que hay son irrelevantes, y en cuanto a la doctrina aplicada puede haber divergencia. Para la sentencia recurrida, no puede apreciarse la existencia de un despido al haber devenido nulo el contrato por una circunstancia sobrevenida, imputable solo al trabajador, como es la ilicitud de su causa, por lo que no produce efecto alguno conforme a los arts. 6.3 y 1.275 CC, privando del derecho a la indemnización y salarios de trámite. Criterio que se impone sobre la posible aplicación del art. 52 a) [ET](#) precisamente por el carácter ex lege de esa nulidad. La sentencia de contraste, tal como se ha visto, se basa en jurisprudencia antigua (SSTS 27 de octubre de 1983, 29 de marzo de 1984 y 29 de diciembre de 1988) y salva la validez del contrato en el exclusivo aspecto de los derechos del trabajador amparándose en la normativa sobre extranjería, concretamente en el párrafo indicado más arriba.

Es cierto que en el caso de referencia se produce una no renovación del permiso de trabajo y en el de autos una baja de oficio en la seguridad social por carecer el trabajador de dicha autorización desde hacía casi tres años, pero tal diferencia no tiene la suficiente relevancia. Y las conductas de los trabajadores en relación a la falta del permiso de trabajo son equiparables, dado que en el caso de autos el actor solicita la tarjeta de residencia familiar al estar casado con ciudadana española y en la de contraste impugna la denegación de la renovación del permiso de trabajo.

SEGUNDO.-Pues bien, la cuestión ya ha sido resuelta por esta Sala en sentencia de 21 de junio de 2011 (rec. 3428/2010) que confirma y matiza la anterior de 29 de septiembre de 2003 (rec. 3003/2002). Dice la primera de las sentencias: 'el art. 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por la [Ley Orgánica 14/2003](#), de modo similar a la regulación inmediatamente anterior (L.O. 8/2000), además de establecer que ha de ser el empleador el que 'deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1', prevé de modo literal que la carencia de ella 'por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle'.

Con idéntica redacción, en lo que aquí interesa sobre los derechos del trabajador afectado, la Ley Orgánica ahora vigente (L.O. 2/2009, de 11 de diciembre) sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone en su art. 36.5 : 'la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles en su situación (...)'. Por tanto, es obligado concluir, siguiendo la misma doctrina que, si bien el contrato de trabajo del extranjero, sin la preceptiva autorización, está afectado de la sanción de nulidad que establece la ley (art. 7.1 [ET](#) . en relación con el art. 36.1 de la [LOEX](#)), sin embargo, la misma ley salva la sanción de nulidad proclamando su validez respecto a los derechos del trabajador afectado.

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

Fallo

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Juan . Casamos y anulamos la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 23 de abril de 2012 dictada en el recurso de suplicación número 210/12, y resolviendo el debate de suplicación, desestimamos el recurso de tal naturaleza interpuesto por la empresa PROIESCON, S.L., confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social número 23 de Madrid de fecha 29 de septiembre de 2011 autos nº 769/11, dictada en virtud de demanda formulada por D. Juan, frente a la empresa PROIESCON, S.L. sobre despido. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente, 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. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

8.4- Anexo IV- Sentencia Social del Tribunal Supremo 650/2017, Sala de lo Social, de 31 de enero de 2017. Ponente Miguel Ángel Luelmo Millán. Rec. 3345/2015. Id. Cendoj: 28079149912017100003. Roj: STS 650/2017. ECLI: ES:TS:2017:650.



Roj: STS 650/2017 - ECLI: ES:TS:2017:650

Id Cendoj: 28079149912017100003

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 991

Fecha: 31/01/2017

Nº de Recurso: 3345/2015

Nº de Resolución: 78/2017

Procedimiento: SOCIAL

Ponente: MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN

Tipo de Resolución: Sentencia

Resoluciones del caso: STSJ CAT 6046/2015,
STS 650/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 31 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por EL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, representado y asistido por Abogado del Estado, contra la sentencia de fecha 12 de junio de 2015 dictada por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación núm. 2514/2015, formulado frente a la sentencia de fecha 17 de octubre de 2014, dictada en autos 209/2013 por el Juzgado de lo Social núm. 14 de Barcelona, seguidos a instancia de DON Gonzalo, contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL y PLASTERLAND DE ROSANES, S.L., sobre PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida D. Gonzalo, representado y asistido por el letrado D. Julio Alberto García Gutiérrez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de octubre de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 14 de Barcelona, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que estimando en la forma expuesta la demanda formulada por Don Gonzalo contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, y "PLASTERLAND DE ROSANES, S.L.", debo declarar el derecho de la actora a percibir la prestación por desempleo que tenía reconocida ampliándola hasta un periodo de 720 días, a tenor de una base reguladora diaria de 45,87 €, con efectos iniciales desde el día 2-diciembre-2008, de cuyo pago es responsable la empresa demandada "PLASTERLAND DE ROSANES, S.L.", con obligación de anticipo del SPEE sin perjuicio de las acciones que pueda adoptar contra la empresa codemandada infractora y de la responsabilidad que corresponda a éstas por las prestaciones abonadas, condenándoles a estar y pasar por la referida declaración y condena».

Por el Juzgado de lo Social nº 14 de Barcelona se dictó Auto en fecha 7 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Procede aclarar y aclaro la sentencia dictada en los presentes autos el día 17 de octubre de 2014, en concreto en el Fallo de la misma en el sentido de que donde dice. " ... debo declarar el derecho de la actora a percibir la prestación por desempleo que tenía reconocida ampliándola hasta un periodo de 720 días, a tenor de una base reguladora diaria de 45,87 €, con efectos iniciales desde el día 2-diciembre- 2008,...", debe decir: " ... debo declarar el derecho de la actora a percibir la prestación por desempleo que tenía reconocida ampliándola hasta un periodo de 240 días, a tenor de una base reguladora diaria de 38,36 €, con efectos iniciales desde el día 16-noviembre-2012,...".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- El actor Don Gonzalo prestó servicios para la sociedad demandada "PLASTERLAND DE ROSANES, S.L.", dedicada a transformación de



materias plásticas, desde el día 22-02-2010 al 25-10-2011, si bien durante dicho período no tenía autorización administrativa para trabajar por cuenta ajena y sin ser dado de alta en la seguridad social. Durante este período el salario del actor fue de 1.285,55 € (informe Inspección de Trabajo folios 78 y 79; sentencia de despido de fecha 13-07-2011 obrante a folios 81 a 84 que se dan por reproducidos; auto de extinción de la relación laboral de fecha 25-10-2011 obrante a folios 85 a 88 que se dan por reproducidos). "PLASTERLAND DE ROSANES, S.L." figura de baja en el Régimen de la Seguridad Social desde fecha 30-11-2012 (documental folio 19 que se da por reproducido).

SEGUNDO.- Con posterioridad, el actor prestó servicios a tiempo parcial (70%) para la empresa "Pastificio Restaurantes, S.L.U." en el período 16-07-2012 a 15-11-2012 y con vacaciones retribuidas no disfrutadas del 16-11-2012 al 21-11-2012 (123 días + 6 días vacaciones = 129 días), figurando dado de alta en la seguridad social y cotizando por desempleo a razón de 1.023,63 € mensuales (documento informe de vida laboral obrante a folio 93 y folio 135 que se dan por reproducidos; resolución baja RGSS folio 110; documentos de cotización obrantes a folios 111 a 120 que se dan por reproducidos; hojas de salario obrantes a folios 121 a 125 que se dan por reproducidos).

TERCERO.- Solicitadas por el actor las prestaciones por desempleo en fecha 27 de noviembre de 2.012 (folios 133 y 124), le fueron denegadas por el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL por resolución de fecha 27 de noviembre de 2.012, indicando que la denegación era porque en el momento de la situación legal de desempleo no tenía cotizados a un régimen que proteja las contingencias por desempleo al menos 360 días en los últimos 6 años (folio 136 que se da por reproducido).

CUARTO.- Interpuesta reclamación previa en fecha 30 de enero de 2.013 (folios 137 y 138), fue desestimada en resolución de fecha 12 de marzo de 2.013 (folio 150 que se da por reproducido).

QUINTO.- De estimarse la demanda y computarse el tiempo trabajado desde 22-02-2010 al 25-10-2011, el actor tendría derecho a una prestación por desempleo durante un período de 240 días con una base reguladora de 38,36 € y un porcentaje del 70 por 100, desde el día 16-11-2012 en adelante (alegaciones parte actora y del SPEE para el supuesto de estimación demanda).».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con fecha 12 de junio de 2015, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «FALLAMOS: Desestimar el recurso de suplicación planteado por el SPEE contra la Sentencia de fecha 17 de octubre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de Barcelona en el procedimiento nº 209/2014, que confirmamos».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del SPEE, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Supremo de fecha 18 de marzo de 2008, así como la infracción de lo dispuesto en los arts. 207.c), 209.1 y 231.h) de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art 36.5 de la LOE y correlativos del RE, y con la jurisprudencia.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 15 de marzo de 2016, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de que el recurso formalizado debe ser estimado.

SEXTO.- Con fecha 12 de diciembre de 2016, se dictó Providencia en la que se hacía constar lo siguiente: "Estima la Sala que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto, para su celebración, se señala el día **dieciocho de enero de dos mil diecisiete**, convocándose a todos los Magistrados de la Sala".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación unificadora formulado por el SPEE tiene su origen en la denegación administrativa de la prestación contributiva de desempleo solicitada en su momento por el trabajador, por no computarse a tal efecto su anterior actividad laboral, al carecer entonces éste, y durante la misma, en el período 22/02/2010 a 25/10/2011, de autorización para trabajar y no hallarse en alta en la SS, habiendo transcurrido en la actividad posterior en otra empresa que da origen, a su extinción, a su situación de desempleo, un total de 129 días cotizados por el período 16/07/2012 al 21/11/2012. La sentencia de instancia estimó en parte la demanda, reconociendo al actor la prestación por 240 días y la Sala de suplicación la confirma. Recurre en



casación unificadora el SPEE por medio de un motivo señalando de contradicción la STS de 18 de marzo de 2008. El Mº Fiscal propone la estimación del recurso.

SEGUNDO.- La comparación entre ambas resoluciones permite entender que existe contradicción, pues teniendo en cuenta los datos antedichos de la recurrida, los de la referencial son los de un trabajador carente del correspondiente permiso de trabajo que, tras haber realizado una actividad laboral por cuenta ajena desde el 04/01/2003 hasta el 07/09/2004 en que fue despedido, obtuvo sentencia declarativa de la improcedencia de dicha medida, con la subsiguiente condena empresarial, que fue confirmada en suplicación, desestimándose finalmente el recurso de casación para la unificación de doctrina de la empresa demandada por medio de esa sentencia alegada de contraste. En ella se argumenta que no es posible el reconocimiento del derecho a la prestación de desempleo a los inmigrantes irregulares conforme se desprende del art 42.2 (2º párrafo) del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, y de los arts 203.1, 209.1 y 207 c) de la LGSS, concluyendo con que "la prestación por desempleo sólo la puede obtener el extranjero residente que ha realizado servicios por cuenta ajena sin contar con la pertinente autorización para trabajar, pero no el que, como el actor, se encuentra en España en situación irregular".

A primera vista, podría entenderse que no son iguales las situaciones descritas en ambas resoluciones y que, en consecuencia, no se da la contradicción requerida por el art 219.1 de la LRJS, que es, en definitiva, la solución que en esta fase casacional se desprende de la sentencia recurrida, al sostener, para apartarse de la jurisprudencia que comenta y entre cuyas sentencias se cuenta la propia de contradicción, que los casos son diferentes. Pero si se examina más detenidamente la cuestión, se ha de concluir declarando que se da tal exigencia normativa, al ser los casos sustancialmente coincidentes y los respectivos fallos, opuestos.

En efecto: aun cuando en la sentencia recurrida el trabajador estuvo en situación irregular durante su primera actividad laboral en España pero no cuando desempeñó la segunda, tras cuyo cese solicitó la prestación en litigio, lo que no sucede en el caso de la referencial en que sólo se alude a un período de trabajo, lo cierto es que en aquél la cuestión se reduce a decidir si es posible, o no, computar dicho primer trabajo a los efectos en discusión, resultando ello decisivo en tal sentido, de manera que, sin tenerlo en cuenta, no cabe ya más debate, es decir, que es el período irregular el que predetermina el resultado de la contienda judicial, siendo el segundo un mero complemento del caso, que si bien ha permitido el examen de la cuestión, está condicionado al reconocimiento del primero, sin el cual no se alcanzaría el mínimo temporal de ocupación para el devengo de la prestación conforme al art 210.1 de la LGSS (actual 269.1 del TRLGSS) y, por lo tanto, aquél sólo supone un elemento del que se puede prescindir en la comparación.

TERCERO.- Entrando, pues, a examinar el único motivo del recurso, se dice en él infringidos los arts 207.c), 209.1 y 231.h) de la LGSS en relación con el art 36.5 de la LOE y correlativos, así como la jurisprudencia aplicable, debiendo convenirse en que así sucede por cuanto que no cabe considerar sanado de irregularidad y computable el primer período trabajado por seguirle (casi nueve meses después) un segundo período legalmente regular de actividad laboral haciendo posible con ello, y mediante la suma de ambos, el devengo prestacional tras la extinción de este último, porque se trata de magnitudes cualitativamente diferentes en su naturaleza que no pueden conformar un todo armónico del cual partir para el reconocimiento del derecho reclamado.

Así acontece realmente, dado que se trata, en definitiva, de una primera etapa profesional en España que, en función de sus condiciones y circunstancias, constituye un compartimento estanco que no puede tenerse en cuenta en este ámbito y materia y que podría traer, en su caso, como única consecuencia, la responsabilidad civil -o incluso penal- de la empresa empleadora, pero que no muda por ello su primitivo carácter irregular, aun en el supuesto y hecho de que le suceda (ni siquiera inmediatamente) otro período diferente en que se hayan subsanado los defectos referidos, porque sigue tratándose de dos períodos distintos y heterónomos, admitiéndose únicamente la suma en cuanto constituyan etapas laborales regulares ambas, lo que no acontece, pues la falta de autorización para trabajar en el primero supone que no sólo no se puede *de iure* trabajar, sino tampoco, como consecuencia, cotizar por ese trabajo, lo que no se subsana declarando, como hace la sentencia recurrida, la responsabilidad empresarial en tal sentido sin perjuicio de que la entidad se haga cargo de la prestación por el principio de automaticidad de las prestaciones, porque se trata, en el primer período, de una prohibición legal, como es la de que un trabajador extranjero trabaje en España sin la correspondiente autorización.

Si al término de su anterior actividad profesional (independientemente de que pudiese ser suficiente el plazo de duración de la misma) el actor no se hallaba en condiciones de causar la prestación por desempleo, tal situación negativa, como se ha dicho, no se sana con el nuevo período de trabajo, y, por tanto, no se pueden sumar ambos, de modo que sólo con la nueva actividad, y a su término, nace un espacio prestacional *ex novo* que puede dar origen al derecho si se han cumplido los requisitos legalmente exigibles, uno de los cuales,



además de la cotización pertinente, es el de la ocupación cotizada en los seis años anteriores, conforme al mencionado art 210.1 de la LGSS (269.1 actual), lo que el actor no reúne, al ser únicamente, según se ha dicho, 129 días los computables al efecto cuando el mínimo requerido es considerablemente superior (360).

Y ello no se puede corregir con el recurso al referido primer período, porque en relación con éste sigue rigiendo lo que nuestra jurisprudencia señala al respecto (STS citada de contraste, de 18 de marzo de 2008, rcud 800/2007, citada en su apoyo por la posterior de 12 de noviembre de 2008, rcud 3177/2007, a cuyos completos fundamentos se hace remisión dándolos por reproducidos) y según la cual, **"El art. 203.1 LGSS sólo otorga el derecho al desempleo a quienes "pudiendo y queriendo trabajar" pierden el empleo; y los extranjeros no residentes aunque quieran, no pueden trabajar legalmente puesto que no pueden obtener la pertinente autorización administrativa para ello, ya que ésta, de acuerdo con las previsiones de la LOEx, solo se concede bien a extranjeros ya residentes en España, bien a quienes llegan a ella provistos del permiso de residencia y trabajo que se otorga en los países de origen a quienes integran el contingente anual.**

El art. 209.1 LGSS establece que solo pueden solicitar la prestación de desempleo, "las personas que cumplan los requisitos establecidos en el art. 207" y ya hemos vistos que el extranjero irregular, como es el caso del ahora recurrente, no los cumple. Y añade, además, que "la solicitud [de desempleo] requerirá la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiera efectuado previamente"; y es evidente que el extranjero irregular tampoco puede formalizar esa inscripción. La Resolución de 11 de julio de 1.996, de la Dirección General Instituto Nacional de Empleo (BOE de 9 agosto) establece que solo podrán inscribirse en las oficinas de empleo los extranjeros no pertenecientes a países miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que, "en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado nacional de trabajo, o la posibilidad de acceder al mismo". Y el actor de este proceso, dada su situación irregular no tenía reconocido ese derecho ni ahora, ni cuando fue contratado. Exigencia que por cierto reitera la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de noviembre de 2.006 "por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación" (BOE de 6 de diciembre), que, aun inaplicable al caso por razones temporales, tiene un evidente valor orientador. En su artículo 1 dispone que pueden inscribirse como demandantes de empleo solo "los extranjeros que en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado de trabajo". Y en su artículo 2, al enumerar los "documentos acreditativos que dan derecho de acceso al mercado de trabajo" exige siempre la "autorización de residencia", además de estar "en posesión de una autorización administrativa para trabajar o bien, no estando en posesión de ella, y encontrándose legalmente en España, estar en condiciones de acceder a ella".

Por su parte el art. 207.c) LGSS exige como requisito inexcusable, para tener derecho a desempleo: "acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el art. 231 LGSS ". **Pues bien, el actor, dada su situación de irregularidad y mientras ésta persista, no puede suscribir dicho compromiso, que es obligación que le impone el art. 231.1.h) LGSS**, y que comporta, según el número 2 del mismo artículo numerosas obligaciones, entre ellas las requeridas por el art. 207 de búsqueda activa de empleo y de aceptación de colocación adecuada, que el extranjero irregular no puede atender puesto que no puede realizar ninguna actividad laboral....."

A todo ello añade la de 12 de noviembre de 2008 -que previamente reproduce los términos de la precedente- que "lo anteriormente expuesto debe entenderse sin perjuicio, en su caso, de la responsabilidad civil, de carácter resarcitorio y naturaleza contractual, en que haya podido incurrir el empleador por concurrir culpa o negligencia en la contratación. No debe olvidarse que el artículo 1101 del Código Civil (C.C.) sujeta a la indemnización de daños y perjuicios a los que en cumplimiento de sus obligaciones incurran en dolo o morosidad o contravengan de cualquier modo el tenor de aquellas y que el artículo 1258 CC obliga, una vez perfeccionado el contrato, no solo al cumplimiento de lo pactado, "sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley". Tampoco debe ignorarse, al respecto, que el artículo 36.3 LO Ex . establece que los efectos que produce la omisión por parte del empleador de la autorización administrativa para trabajar -validez del contrato y obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle- se entiende "sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar". Entre estas obligaciones, impuestas ex lege al empresario figura la de "solicitar la incorporación al sistema de seguridad social de los trabajadores que ingresan a su servicio" (artículo 100.1 L.G.S.S.), así como la de cumplir la obligación de cotizar siendo responsable de su cumplimiento (art. 104 L.G.S.S.).

Pero, naturalmente, aunque el incumplimiento empresarial de las obligaciones exigidas en estos preceptos, no tenga repercusión en el sistema público prestacional de la seguridad social, como antes se ha razonado, si, en su caso y en principio, pudiera dar lugar al resarcimiento por el empleador de los daños y perjuicios de toda clase, que dicho incumplimiento de un contrato válido de trabajo -cual es el celebrado entre empresario y



trabajador extranjero, aunque éste no tenga permiso de residencia, ni trabajo- ocasione al trabajador. Es decir, el hecho de que el trabajador extranjero "sin papeles" no tenga derecho a la protección de desempleo, según la interpretación antes realizada, no excluye una hipotética responsabilidad del empleador, que pudiera extenderse a las prestaciones de seguridad social, no a título de prestaciones públicas, sino con alcance indemnizatorio a título de responsabilidad empresarial y sin garantía, por lo tanto, a cargo de la Seguridad Social".

La citada jurisprudencia se reitera y refuerza ahora, en fin, con la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social -que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico las nueve Directivas que enumera en su preámbulo que se habían aprobado con posterioridad a la última reforma de esa Ley 4/2000 realizada en diciembre de 2003- al establecer en los arts 10, 14 y 36 de esta última, que solo los extranjeros "residentes" (esto es, en situación de residencia legal) que reúnan los requisitos previstos en esa misma norma tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de Seguridad Social (10.1) y que únicamente esos mismos extranjeros "residentes" tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social (14.1), aun cuando "todos" los extranjeros, sea cual fuere su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales "básicas" (14.3), entre las cuales no se cuentan las de desempleo, y que, "en todo caso, el trabajador que **carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo**" (36.5), de lo que ineludiblemente se sigue, mientras otra cosa no se excepcione, que el tiempo trabajado en situación irregular no es computable y tampoco, en consecuencia, podrá adicionarse a otro distinto.

Se hace referencia, pues, en este último precepto y apartado, a la exigencia conjunta de ambas autorizaciones pero incluso reduciendo la necesidad a la primera (residencia legal) y aun cuando al respecto no se haga una mención específica a ella en el relato fáctico de la sentencia recurrida, lo cierto es que en el hecho octavo de demanda el actor ya manifiesta que "el Servicio Público de Empleo está considerando como no trabajados a efectos del pago de prestación de desempleo **los periodos en que el trabajador no tenía permiso de trabajo ni de residencia**, en una clara y explícita confirmación de que carecía de ambos, sin que, por otra parte -y lógicamente- diga otra cosa en su escrito de impugnación del recurso de casación unificadora, donde tan solo menciona que ya poseía las dos autorizaciones en el momento del desempleo y de la solicitud prestacional, lo que es cuestión distinta, porque con ello no se sana, según se ha apuntado, la irregularidad del primer período de trabajo, sin que, en fin, y por otra parte, conste tampoco acreditada tal circunstancia, lo que le incumbe demostrar exclusivamente a él, deduciéndose, de otro lado y por el contrario del segundo fundamento de derecho de la propia sentencia recurrida que no poseía ninguna autorización cuando desarrolló ese primer trabajo porque dicha resolución señala que " **ha residido y trabajado de forma irregular en España.....**" y que "había regularizado **su situación personal** y laboral antes de encontrarse en una de las causas de situación legal de desempleo.....", añadiendo más adelante "extranjero que **ya ha regularizado** la situación.....", de todo lo cual se infiere lo antedicho.

Corolario de cuanto antecede es que, como se viene sosteniendo, sólo existe un período a tener en cuenta, que es el de la segunda actividad por cuenta ajena, y, por tanto, y en función de lo expresado respecto de la misma, ha de estimarse el recurso, como postula el Mº Fiscal, al resultar insuficiente el período de ocupación cotizada para causar derecho a la prestación.

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

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por EL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, contra la sentencia de fecha 12 de junio de 2015 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación núm. 2514/2015, formulado frente a la sentencia de fecha 17 de octubre de 2014, dictada en autos 209/2013 por el Juzgado de lo Social núm. 14 de Barcelona, seguidos a instancia de DON Gonzalo, contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL y PLASTERLAND DE ROSANES, S.L., sobre PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y absolvemos de toda responsabilidad al organismo recurrente (SPEE) en relación con el objeto de demanda. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodríguez Dª María Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez Dª María Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Dª Rosa

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL Art. 260.2 DE LA LEY ORGÁNICA, FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a María Lourdes Arastey Sahun A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA N^o 3345/2015, AL QUE SE ADHIEREN LOS/AS MAGISTRADOS/AS EXCMOS/AS. SRES/AS. DOÑA María Luisa Segoviano Astaburuaga, DOÑA Rosa María Viroles Piñol, DON Angel Blasco Pellicer Y DON Jordi Agustí Julia

De conformidad con lo establecido en el artículo 260. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación unificadora número 3345/2015 para sostener la posición que mantuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto discrepo de los razonamientos y el fallo de la mayoría de la Sala a dicha solución y entiendo que, en todo caso, el recurso debió ser desestimado.

La postura que sostengo se fundamenta en la inexistencia de la necesaria contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste.

Este Voto Particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- 1. Frente a una sentencia, como la recurrida, que resuelve sobre la prestación de desempleo de quien, siendo trabajador extranjero necesitado de autorización administrativa para trabajar en España y estando en posesión de la misma, ve cuestionada la inclusión del periodo de prestación de servicios que, con anterioridad a la obtención del permiso, efectuó de modo efectivo e ininterrumpido; la Entidad Gestora recurrente aporta, como sentencia de contraste, la dictada por esta Sala IV del Tribunal Supremo el 18 de marzo de 2008 (rcud. 800/2007).

2. Entiende la mayoría de la Sala que la comparación entre ambas resoluciones permite entender que existe la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS. Mas la mera lectura del sustrato fáctico lleva a la clara conclusión opuesta, como mantuve en la deliberación en el Pleno: la sentencia de contraste analizaba el caso de un trabajador extranjero que, precisado legalmente de permiso para poder trabajar en España, prestó servicios por cuenta ajena en nuestro país sin poseer en ningún momento dicha autorización.

Tal elemental matiz resultaba de enorme transcendencia en este caso, pues lo que se debate aquí no es - como sí se planteaba en la sentencia de contraste- si un trabajador extranjero sin permiso puede acceder a las prestaciones de desempleo, sino si, habiendo accedido a ellas- como ocurre en nuestro caso- por la pérdida de un empleo para el que sí poseía permiso de trabajo, el cómputo de la prestación habría de incluir también el periodo en que dicho trabajador prestó servicios para la misma empresa sin haber obtenido aún el permiso.

Los hechos de las dos sentencias comparadas eran distintos y también lo eran las pretensiones. Así, mientras que en la sentencia de contraste estaba en juego el reconocimiento o la denegación de la prestación por faltar el requisito esencial de la situación de desempleo -de quien queriendo y pudiendo trabajar pierde el empleo-, en la sentencia recurrida no se cuestiona el derecho a la prestación, sino el periodo de duración de la misma. En el caso que nos ocupa, el trabajador se halla en situación legal de desempleo porque puede trabajar, cosa que no sucede en la de contraste en donde la falta de autorización impide que pueda ser considerado en tal situación.

3. La Sala debió inadmitir el recurso del Servicio Público de Empleo por la falta de la necesaria contradicción.

SEGUNDO.- 1. La admisión del recurso, por apreciar la identidad que a mi juicio es inexistente, lleva a la Sala a abordar el fondo del asunto de manera análoga a lo que se hacía en la sentencia de contraste.

2. Entiendo que el enfoque que se da a la cuestión de la contradicción en la sentencia de la mayoría perturba el análisis del fondo al acabar por entender que estamos exactamente ante la misma situación que la que fue objeto de resolución en la sentencia aportada como referencial.

No comparto esa solución porque, como ya he apuntado, si bien el trabajador que ha prestado servicios de forma ilegal en España se verá privado del acceso a la prestación de desempleo porque no cumple con el requisito esencial de hallarse en situación de desempleo involuntario, el debate puede ser completamente distinto si, como en este caso, nos hallamos ante un trabajador que sí posee permiso de trabajo y que, por tanto, ve como la propia Entidad Gestora le reconoce las oportunas prestaciones en el momento de la pérdida del empleo. Lo que nos debemos plantearnos ahora es si, estando el trabajador, como sin duda está, en tal situación legal de desempleo, con derecho a prestación, el importe o cuantía de la misma- en este



caso en términos de duración- debe tomar en consideración o no todo el período de prestación de servicios efectivamente realizados y si, a tal efecto, el art. 36 LOEXIS debe favorecer un trato equivalente a todos esos períodos de servicios.

Con independencia de cuál fuera a ser la opinión final de la Sala al respecto -plasmada, en todo caso, en la sentencia deliberada en el mismo Pleno en el rcud. 1153/2015, con la que asimismo mostré mi discrepancia, tal y como se plasma en el Voto Particular que allí se formula-, en este caso concreto no debió simplificarse el debate hasta el extremo de admitir la contradicción, pues a la Sala se la confrontaba con la necesidad de pronunciarse de modo explícito sobre una matización relevante, pues la solución de la sentencia de contraste puede ser admisible para el supuesto allí examinado y de dudosa aplicación al caso aquí resuelto.

Madrid, 31 de enero de 2017

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Angel Luelmo Millan, así como el voto particular formulado por la Excmá. Sra. Doña María Lourdes Arastey Sahun, al que se adhieren los/as Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, Doña Rosa María Viroles Piñol, Don Angel Blasco Pellicer y Don Jordi Agusti Julia, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

8.5- Anexo V- STSJ CAT 4773/2011, de 11 de mayo de 2011. Nº Rec. 2364/2010, nº Resolución: 3280/2011. Ponente: Francisco Javier Sanz Marcos. Id. Cendoj: 08019340012011103077.



Roj: **STSJ CAT 4773/2011 - ECLI: ES:TSJCAT:2011:4773**

Id Cendoj: **08019340012011103077**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **11/05/2011**

Nº de Recurso: **2364/2010**

Nº de Resolución: **3280/2011**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 43148 - 44 - 4 - 2007 - 0003499

mi

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

ILMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT

En Barcelona a 11 de mayo de 2011

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 3280/2011

En el recurso de suplicación interpuesto por BIC GRAPHIC EUROPE, SA frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Tarragona de fecha 19 de febrero de 2009 dictada en el procedimiento Demandas nº 1535/2007 y siendo recurridos Departament de Treball, Generalitat de Catalunya, ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES, S.A., Erica , Florencia , Joaquina , Maribel , Noemi , Reyes , Sonia , Zaida , Adoracion , Araceli , Carla , Daniela , Estefanía , Gema , Lourdes , Montserrat , Regina , Tarsila , María Luisa , Alejandra , Beatriz , Clemencia , Emilia , Gregoria y Lina . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. **FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de noviembre de 2007 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Procedimientos de oficio, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 19 de febrero de 2009 que contenía el siguiente Fallo:

"Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el DEPARTAMENT DE TREBALL de la Generalitat de Catalunya, contra BIC GRAFIC EUROPE, SA., ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES, SA, y Alejandra , Erica , Florencia , Joaquina , Maribel , Beatriz , Noemi , Lina , Reyes , Sonia , Zaida , Adoracion , Araceli , Carla , Lourdes , Estefanía , Gema , Lourdes , Montserrat , Regina , Tarsila , María Luisa , Emilia , Clemencia y Gregoria , debo declarar que la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre la empresa cedente ATLAS



SERVICIOS EMPRESARIALES, SA, y cesionaria BIC GRAFIC EUROPE, SA, condenado a las partes a estar y pasar por esta resolución, con los efectos inherentes a tal declaración."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- La inspección de trabajo giró visita el 03.05.07 a la mercantil BIC GRAFIC EUROPE, SA., levantando las actas de infracción nº I/432007000342382 y 4320001000342281, tras las cuales se abrieron expedientes sancionadores SST-340/07 y SST299/07 contra ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES, SA, y BIC GRAFIC EUROPE, SA., por infracción tipificada en el art. 8.2 del Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones del orden social, las mercantiles formularon alegaciones, que suspendieron el procedimiento sancionador a la espera de resolución del Procedimiento de Oficio, aprobado por el Real Decreto Lelegislativo 2/1995 contra dichas empresas.

SEGUNDO.- Las mercantiles BGE y ADECCO CONSULTORES DE RECURSOS HUMANOS, S.A., suscribieron contrato de arrendamiento de servicios en fecha 01.10.00, en virtud del cual se externalizaban los servicios de embasado manual de alta gama.

(documental nº1 de Bic Graphic europe, SA.,)

TERCERO.- Las mencionadas empresas suscribieron en 16.12.04 un contrato mercantil de arrendamiento de servicios donde se refleja que la contratante (BIC) tiene como actividades principales las de "fabricación de artículos de escritorio e impresión por serigrafía de artículo de escritorio y de encendedores, y que existen determinadas labores complementarias de los procesos de producción propiamente dichos, que tienen la característica de mantener una estructura permanente, siendo susceptibles de ser encomendadas a terceros, mediante contrato de arrendamiento de servicios, en función de las necesidades de cada momento".

Por su parte la contratista (ATLAS) afirma ser una "entidad autónoma e independiente y disponer de recursos técnicos, materiales y humanos adecuados y suficientes para el legal ejercicio de las actividades descritas en la anterior manifestación y para ofrecer y garantizar la consecución, buen fin y resultado".

El contrato tiene por objeto "la realización de labores complementaria a los procesos de producción de la contratante, tales como verificaciones previas a la aceptación/recepción de productos suministrados por proveedores externos o determinados envasados y acondicionamientos de productos ya fabricados y cualquier otra de idéntica o similar naturaleza".

En los datos del Registro Mercantil, figura como objeto social de la empresa ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SA "la prestación de servicios, con asunción de su gestión, a empresas públicas o privadas, cualquiera que sea su sector de actividad, Organismos públicos o privados, Administraciones cualquiera que sea su ámbito de actuación y competencia, Fundaciones, Uniones Temporales de Empresas, Agrupaciones de interés general, Asociaciones, Sociedades Civiles, Comunidad de bienes, etc." A continuación describe otras 40 actividades distintas vinculadas al sector de servicios.

CUARTO.- La empresa ATLAS dispone de un espacio físico para la ejecución del contrato mercantil, únicamente delimitado por líneas trazadas en el suelo de la nave y separado físicamente por la zona donde almacena el personal de BIC la materia prima (bolígrafos y encendedores) que los operarios de ATLAS deben envasar. En dicho espacio físico se distribuyen diversas mesas de trabajo en las que los operarios realizan su actividad sentados. En el otro lateral, disponen de estanterías donde se organizan los envases (cajas de cartón, recipientes de plástico, fundas, etc.) en los que deben de introducirse los bolígrafos y mecheros.

El proceso consiste en que un coordinador de ATLAS recoge en la zona de almacenamiento un pack de bolígrafos o encendedores con las instrucciones por escrito del tipo de envase en el que debe introducirse. A continuación selecciona el envase correspondiente en las estanterías y lo coloca en la mesa del operario para que introduzca el producto en el envase. Finalizada la operación, el coordinador controla el resultado y refleja su visto bueno en la hoja de resultados. El operario, coloca el producto envasado en la zona de flejado, que dispone de un lector de código de barras donde se informatiza los datos del producto antes de colocar el fleje, tarea que realiza personal de BIC. Estas tareas básicas se complementan con otras tales como la eliminación del serigrafiado en productos defectuosos mediante la aplicación de disolvente o la retirada del adhesivo en caso de los encendedores. También se procede al envasado de encendedores en cajas de 10 unidades, debido a la imposibilidad de automatizar dicho proceso hasta la fecha.

También presta servicios personal de ATLAS en la zona denominada "Sticky notes" ubicada en una nave contigua a la de encendedores. Se trata de un proceso de elaboración de un producto consistente en tiras adhesivas que permiten el marcado de libros o páginas a modo de recordatorio, bajo distintos formatos y generalmente asociados a un producto de merchandasing en el que se publicata una determinada marca comercial. En la nave donde se elabora este producto, dotada de diversas máquinas de fabricación industrial

automatizada, existe una zona de trabajo consistente en una mesa a cuyo alrededor operan 4 trabajadores de ATLAS, quienes se encargan del embalaje de los diversos elementos del producto (tapas, tiras adhesivas, bloc de notas, etc) y su envasado, como fase final del proceso.

QUINTO.- La coordinadora de Atlas en BGE era Sra. Clemencia que se encarga de hacer un listado diario de los trabajos, buscar el producto a envasar y los correspondientes embases, organizar la actividad que desarrolla cada uno, asignar quien se va a encendedores y quien a alta gama y revisar la calidad del envasado. Si se plantea cualquier problema en el desarrollo de la actividad, se dirige al encargado de planta y éste a su vez, imparte las instrucciones a través de la coordinadora. Por su parte es la coordinadora quien sirve de enlace con la dirección de Atlas a través de las personas ubicadas en la oficina de la Av. Ramon y Cajal 39, quienes le hacen llegar la documentación e información para su reparto entre el personal, y a su vez, comunica las incidencias producidas.

(informe de inspección de trabajo y testifical Sra. Clemencia)

SEXTO.- Era la encargada de seguimiento de BGE era quien daba órdenes del número de trabajadores necesarios de Atlas a la Sra. Clemencia .

(testifical Sra. Clemencia)

SÉPTIMO.- En determinados momentos de la relación entre ambas mercantiles, algunos trabajadores de BIC también empaquetaban. En el momento de girar visita, el inspector constató que trabajadores de BGE estaban realizando tareas de empaquetado de mecheros, que es una de las actividades que tiene subcontratada con la mercantil ATLAS.

(testifical Sra. Clemencia y Sra. Emilia , informe de inspección de trabajo)

OCTAVO.- La Sra. Clemencia es la encargada de coordinar las vacaciones de los trabajadores de Atlas.

(testifical Sra. Clemencia , Sra. Emilia)

Los trabajadores de ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES, SA, realizan el mismo horario que los trabajadores de BIC GRAFIC EUROPE, SA.,

(informe de inspección de trabajo)

NOVENO.- Atlas, en los últimos tiempos, quien se encarga de dar las botas de seguridad a los trabajadores y quien impone sanciones disciplinarias a sus trabajadores. Todo el material empleado por ATLAS en BGE es propiedad de BGE, así como materiales, guantes y gafas de seguridad que son suministrados por BGE, a excepción de los uniformes y en diferentes épocas, las botas de seguridad.

La pulidora y la cabina de aplicación de disolvente también son propiedad de BGE y los vienen utilizando los trabajadores de ATLAS, pese a no estar dentro la zona habilitada para ATLAS.

Los vestuarios, comedor y servicios son comunes con BGE.

(informe de inspección de trabajo y testifical Sra. Clemencia y documentales 14 y 15 del ramo de prueba de BGE)

DÉCIMO.- Los trabajadores no fichan en BIC, pero tienen un tarjeta de control de entrada, propiedad de la mercantil BGE .

(testifical Sra. Clemencia y documental nº 17 del ramo de prueba de BGE)

UNDÉCIMO.- Los trabajadores de Atlas, " si es poca cosa ", van al médico de BGE.

(testifical Sra. Emilia)

DUODÉCIMO.- La facturación entre las empresas se hace mediante dos partidas una por un sistema de precio unidad de producto embasado y la segunda por servicio de dirección y control a tanto alzado.

(expediente administrativo)

DECIMOTERCERO.- A partir de 01 de enero de 2007 se acordó entre las mercantiles que la contratista se haría cargo de los importes generados por los "complaints"

(folio 280 del expediente administrativo)

DECIMOCUARTO.- Las coadyuvantes: Alejandra , Erica , Florencia , Joaquina , Maribel , Beatriz , Noemi , Lina , Reyes , Sonia , Zaida , Adoracion , Araceli , Carla , Daniela , Estefanía , Gema , Lourdes , Montserrat , Regina , Tarsila , María Luisa mantenían relación laboral con la mercantil codemandada Atlas mediante contrato de trabajo de duración determinada para obra o servicio de terminado con sustantividad



propia dentro de la actividad propia de la empresa, con salario de 729,76 euros, a excepción de la Sra. Erica con salario de 748,43 euros y la Sra. Florencia con salario de 769,00 euros.

La totalidad de trabajadores que prestan sus servicios para BGE lo hacen con idéntica modalidad contractual: contrato por obra o servicio determinado. El importe salarial anual de un manipulador de Atlas es de 9589,72 euros anuales; el personal de BGE que realiza "envasado manual", con características de trabajo y categoría similares a las de los trabajadores de la contratista, perciben un salario de 13.887,17 euros anuales.

(Folios 216 a 352 del expediente administrativo e informe de inspección)

DECIMOQUINTO.- En las oficinas de ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES, SA, solamente se encuentran dos empleados y un jefe.

(testifical Sra. Clemencia)."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante BIC GRAPHIC EUROPE, S.A., que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Recurre la empresa codemandada -BIC GRAFIC EUROPE SA- el desfavorable pronunciamiento judicial que, íntegramente, estimatorio de la demanda de oficio promovida por el Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya, declara "la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre la empresa cedente ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SA ..." y la recurrente, en su condición de cesionaria; "con los efectos inherentes" a esta legal calificación. Recurso que aquélla formaliza bajo un primer motivo que, "al amparo del artículo 191, apartado A) de la Ley de Procedimiento Laboral ...", denuncia una defectuosa valoración de la prueba por parte del Juzgador "a quo" al no ser la misma conforme "con los principio y normas que inspiran nuestro ordenamiento jurídico...".

Tras "dejar clara constancia" de que no se pretende "una nueva revisión de los hechos probados" (y sí de "las reglas de valoración de las pruebas"), alude al carácter "excepcional y supletorio" de la de presunciones, que la Magistrada de instancia ha tenido a bien considerar no obstante concurrir "pruebas directas suficientes (documental y testifical) sobre las cuestiones debatidas".

En el presente supuesto, lejos de concurrir una causa hábil de nulidad el razonamiento judicial contrario a los intereses del reclamante se sustenta en la crítica valoración de la prueba efectuada conforme a lo dispuesto por el artículo 97.2 de la LPL

Se remiten las sentencias de la Sala de 1 de septiembre de 2004, 31 de enero y 9 de julio de 2006 y 10 de enero de 2009 a lo manifestado en las de nuestro Alto Tribunal de 1 de diciembre de 1987, 28 de mayo de 1990 y 9 de abril de 1991 al recordar el criterio claramente restrictivo de la declaración de nulidad de actuaciones, atendiendo tanto al carácter instrumental de las formas como a las consecuencias negativas de esta decisión en el proceso. En este sentido se pronuncia la STS de 10 de abril de 1990 al reafirmar "que la nulidad de las resoluciones judiciales es una medida excepcional que, por sus negativas consecuencias sobre el proceso, ha de limitarse a los supuestos legalmente tipificados en el art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a los vicios formales especialmente cualificados que menciona el núm. 1 del art. 240 de dicha Ley respecto de los que no pueda operar la subsanación prevista en el núm. 2 de este último artículo, sin que en ningún caso irregularidades formales carentes de auténtica proyección invalidante, al no impedir que el acto alcance su fin ni generar indefensión, puedan justificar la adopción de tal medida con infracción del principio de economía procesal" (en sentido similar la STS de 2 de marzo de 1992).

En similar sentido establece la de 30 de octubre de 1991 los siguientes criterios: 1) La anulación de sentencia es un remedio último y excepcional al que sólo cabe acudir cuando el Tribunal que conoce del recurso no pueda prácticamente adoptar una decisión correcta de la controversia planteada (ex SSTS de 20 abril y 16 mayo 1988), y que "la resolución anulatoria requiere además, para considerarse ajustada a derecho, que la causa de la insuficiencia no sea imputable a la parte (entre otras, STS 5 junio 1982), o no haya podido ser subsanada por una u otra vía (STS 17 octubre 1989)". En cualquier caso "para que las irregularidades procesales produzcan el radical efecto de la nulidad de actuaciones es preciso que la indefensión que produzcan ha de ser material y efectiva y no simplemente posible" (STC de 15 de enero de 1996), esto es "que el citado defecto haya causado un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa (SSTS 43/1989, 101/1991, 6/1992 y 105/1995, entre otras).

Pues bien, como esta Sala ya ha tenido ocasión de reiterar en sus pronunciamientos de 14 y 26 de julio y 20 de octubre de 2000, 4 de mayo de 2001, 31 de enero de 2006 y 23 de noviembre de 2009 (en armonía

con el criterio sustentado por una consolidada doctrina jurisprudencial expresada, entre otras, por la STS de 18 de noviembre de 1999) es el proceso laboral un procedimiento judicial de única instancia en el que la valoración de la prueba es función atribuida en exclusiva al Juez a quo, de modo que la suplicación se articula como un recurso de naturaleza extraordinaria que no permite al Tribunal entrar a conocer de toda la actividad probatoria desplegada, limitando sus facultades de revisión a las pruebas documentales y periciales que puedan haberse aportado, e incluso en estos casos, de manera muy restrictiva y excepcional, pues únicamente puede modificarse la apreciación de la prueba realizada por el Juez de lo Social cuando de forma inequívoca, indiscutible y palmaria, resulte evidente que ha incurrido en manifiesto error en su valoración; debiendo, en cualquier caso, "prevalecer el contenido de los hechos probados recogidos en la sentencia de instancia, que no puede ni tan siquiera ser sustituido por la particular valoración que el propio Tribunal pudiese hacer de esos mismos elementos de prueba, cuando el error evidente de apreciación no surge de forma clara y cristalina de los documentos o pericias invocados en el recurso, de acuerdo con el art. 97 de la Ley de Procedimiento Laboral "; y ello es así porque combinándose en nuestro ordenamiento jurídico-laboral los sistemas de prueba legal y de prueba libre el Juzgador de instancia debe "actuar en todo momento con sometimiento a las reglas de derecho y de la razón, optando, cuando existe una colisión entre el contenido de los diversos elementos probatorios, por aquellos que le ofrezcan, en función de su eficacia, una mayor garantía de certidumbre y poder de convicción para acreditar cumplidamente los fundamentos de derecho (Sentencia de 14 de julio de 2000 , por remisión a la del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1985).

Con singular referencia al Informe de la Inspección recuerdan las sentencias de este Tribunal Superior de 16 de mayo de 2000, 5 de marzo de 2001 y 13 de mayo de 2010 que éste puede ser judicialmente valorado como una prueba más, cuya presunción de certeza otorgada partir de la Ley 42/1997, de 4 de noviembre , Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha de ser apreciado por los Jueces y Tribunales de Justicia como uno más de los elementos probatorios, aunque dotado de presunción de veracidad respecto de los hechos constatados personalmente por el funcionario actuante dada la especialidad técnica del mismo y su imparcialidad, pero sin constituir prueba que no admita otra en contrario; en este mismo sentido reitera su posterior pronunciamiento de 2 de mayo de 2006 (remitiéndose a las SSTS de 5 de diciembre de 1997 , 16 de enero de 1998 , 6 de marzo de 1998 y 5 de diciembre de 1998) "que la presunción de objetividad y veracidad de los hechos constatados en las actas de inspección de trabajo pueden constituir medio de prueba susceptible de lograr el convencimiento del tribunal sobre los hechos a que se refiere la documentación de la actuación inspectora sometida al control jurisdiccional por su objetividad".

Se reproduce, de esta forma, lo ya manifestado por la Sala cuando en su sentencia de 28 de octubre de 2003 pone de relieve que "la presunción de certeza de las actas e informes lo es respecto de lo que el propio inspector de forma directa ha observado, pero tal presunción no se extiende a las cuestiones que derivan de declaraciones de otras personas"; sentencia que viene así a reiterar lo ya manifestado en su pronunciamiento de 19 de noviembre de 2002 cuando (y en aplicación del art. 53.2 del RD 5/2000, de 4 de agosto) reafirma aquella presunción de certeza "respecto a los hechos constatados por los Inspectores y Subinspectores de Trabajo...sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados"; prueba que "ha de ser eficiente, precisa y claramente convincente" (Sentencia de la Sala de 19 de septiembre de 2003).

A su valor meramente presuntivo se refiere, también, el Auto del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010 que, y aun no apreciando contradicción entre los pronunciamientos sometidos a su decisión, viene a reiterar que, teniendo aquéllas "la condición de medio de prueba admisible respecto a las afirmaciones de hecho", "encierran una presunción iuris tantum que puede ceder frente a otras pruebas" para -a continuación y en referencia al concreto supuesto sometido a su decisión- poner de relieve como "el juzgador de instancia formó su convicción con todo el material probatorio, incluidas las documentales y testificales, y de manera especial a las constataciones objetivas recogidas en el acta sin que (se concluye) por el Tribunal de suplicación se aprecie error en la apreciación de la prueba...".

En el presente supuesto afirma la Juzgadora (en el primero de sus fundamentos jurídicos, y "en cumplimiento de lo prescrito en el párrafo segundo del artículo 97 de la LPL ") que los hechos probados resultan esencialmente del acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo demandante, cuya presunción de veracidad no sólo no ha sido desvirtuada de contrario... sino ratificada con las "coherentes testificales...propuestas por el Department of Treball y por Atlas que corroboran los extremos del Acta de Inspección con claridad y concisión..." (frente a los preteridos testimonios propuestos de contrario, al no haberse entrevistado "con el Inspector el día que giró visita..." -fj primero-). Crítica valoración judicial de la prueba practicada (entre la que se encuentra la irrevisable testifical valorada en la instancia) que la Sala no puede alterar sin vulnerar el precepto que la parte invoca como infringido; cuando es así que, además, ni siquiera se propone de contrario una conclusión fáctica diversa a la judicialmente obtenida y desde cuya



dimensión jurídica debe resolverse la cuestión relativa a la ilicitud de la cesión litigiosa que la recurrente cuestiona, pero sin combatir el contenido de un inalterado relato fáctico.

SEGUNDO .- Dirige ésta, en efecto, el segundo de sus motivos a la denunciada infracción de los artículos 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores al considerar - frente a lo judicialmente argumentado- que "las circunstancias que se consignan en la sentencia como hechos probados...llevarían a concluir a favor de la existencia de una auténtica contrata de obra y servicio...", pues además de "disponer de una organización con existencia autónoma e independiente" (siendo así que "del hecho probado tercero se desprende claramente que Atlas no es una entidad ficticia, constituida ad hoc con propósito defraudatorio..."), cuenta "con los medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de su actividad", poniéndolos "en juego para la realización de la obra o servicio...".

TERCERO .- Reproduciendo lo ya manifestado en sus pronunciamientos de 19 de enero de 1994, 12 de diciembre de 1997, 14 de diciembre de 2001, 17 de enero de 2002, 16 de junio de 2003, 3 de octubre de 2005, 20 de julio de 2007, 4 de marzo de 2008, 25 de junio de 2009 y 17 de diciembre de 2010, reiteran las SSTS de 26 de enero y 28 de febrero de 2011 la dificultad de deslindar la lícita figura de la contrata del artículo 42 del Estatuto de aquellas otras situaciones en que se recurre a la misma "como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario"; pues "es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita".

Por ello -recuerda el Alto Tribunal- "la doctrina judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (sentencia de 7 de marzo de 1988); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias de 12 de septiembre de 1988 , 16 de febrero de 1989 , 17 de enero de 1991 y 19 de enero de 1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva). Pero esto no significa -se añade- que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial".

Se remite, a este respecto, la sentencia que se cita del Alto Tribunal a su pronunciamiento de 16 de febrero de 1989 cuando reafirma que la cesión puede tener lugar "aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta" o a la de 19 de enero de 1994 cuando "establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo a la empresa arrendataria".

De ahí que la actuación empresarial en el **marco** de la contrata sea "un elemento esencial para la calificación aunque, excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. En definitiva, para que exista cesión basta -afirma el Alto Tribunal- que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio".

Aludiendo a lo ya manifestado en su sentencia de 14 de septiembre de 2001 precisa que "el ámbito de la cesión del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla dicho precepto es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. La finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores -se concluye- es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes...".

Resumiendo la consolidada doctrina jurisprudencial sobre el particular que nos ocupa, la Sentencia de la Sala de 5 de marzo de 2010 fija como circunstancias relevantes a tener en cuenta para definir una situación de cesión



ilegal las siguientes: a) existencia de una organización adecuada, concepto que va más allá de la existencia de una empresa real, la empresa "auxiliar" debe tener capacidad para llevar a cabo la obra o servicio contratado, en definitiva debe contar con suficientes y adecuados medios materiales y personales para desempeñar el encargo cometido (SSTS de 25 de octubre de 1999, 3 de febrero 2000, 27 de diciembre de 2002, 16 de junio de 2003, 3 del octubre del 2005 y 24 de abril de 2007 y 21 de septiembre de 2007); b) La asunción del riesgo de las operaciones en las que interviene, el cedente, no puede ser un mero intermediario que percibe una retribución por el simple hecho de enviar trabajadores que ha contratado independientemente del resultado de la actividad; c) El objeto de la contrata de tal modo que la actividad que realiza la empresa auxiliar se pueda diferenciar de la empresa principal; debe examinarse quien aporta y de que forma aporta los útiles y herramientas. (SSTS de 19 de enero de 1994, 25 de octubre de 1999 y 12 de diciembre de 1997); d) El lugar dónde se presta o se ejecuta la obra o servicio contratado; e) Como se presta el servicio por los trabajadores, la solvencia - STS de 3 de octubre y de 30 de noviembre de 2005 (y), de 17 de abril y 20 de julio de 2007 y)-, de las empresas o incluso la retribución percibida - SSTS de 31 de octubre de 1996, de 20 de julio de 1999, de 14 de setiembre de 2001, de 17 de enero de 2002, de 16 de junio de 2003, o la de 14 de marzo de 2006 -, también ha sido relevante, si la empresa tiene desplazado, en el caso que comparta el mismo espacio de trabajo, un mando intermedio - STS de 16 de junio de 2003, sería cesión ilegal, si el mando intermedio es un delegado de la empresa contratista, y no un trabajador más de la empresa principal.

CUARTO.- En el supuesto de autos una adecuada respuesta a la situación laboral de los trabajadores afectados debe producirse (insistimos en ello) desde la dimensión jurídica que ofrece el relato judicial de unos hechos conformados en los términos que a continuación pasamos a exponer.

Tras procederse -por parte de la codemandada Bic Grafic Europe SA, el 1 de octubre de 2000- a la externalización de "los servicios de envasado manual de alta gama", el 16 de diciembre de 2004 suscribió con la contratista (Atlas) un contrato mercantil de arrendamiento de servicios en el que identificaba su actividad principal con la "fabricación de artículos de escritorio e impresión por serigrafía de artículos de escritorio y encendedores..." (existiendo "labores complementarias de los procesos de producción propiamente dichos, que tienen la característica de mantener una estructura permanente, siendo susceptibles de ser encomendada a terceros..."); actividad ("tales como verificaciones previas a la aceptación/recepción de productos suministrados por proveedores externos o determinados envasados y acondicionamientos de productos ya fabricados y cualquier otra de idéntica o similar naturaleza") que encomendó a la codemandada cuyo objeto social es la "prestación de servicios con asunción de su gestión, a empresas públicas o privadas, cualesquiera que sea su sector de actividad..." o el ámbito "de actuación o competencia (recogiéndose hasta "40 actividades distintas vinculadas al sector de servicios") -hp tercero-.

Esta última empresa dispone "de un espacio físico para la ejecución del contrato mercantil, únicamente delimitado por líneas trazadas en el suelo de la nave y separado físicamente por la zona donde almacena el personal de BIC la materia prima (bolígrafos y encendedores) que los empleados de Atlas deben envasar"; espacio que comprende "diversas mesas de trabajo en las que los operarios realizan su actividad sentados" (disponiendo, en el otro lateral, de "estanterías donde se organizan los envases...en los que deben introducirse los bolígrafos y mecheros").

En el desarrollo del proceso de envasado "un coordinados de ATLAS recoge en la zona de almacenamiento un pack de bolígrafos o encendedores con las instrucciones por escrito del tipo de envase en el que debe introducirse..., selecciona el envase correspondiente en las estanterías y lo coloca en la mesa del operario para que introduzca el producto en el envase (y) finalizada la operación...controla el resultado y refleja su visto bueno en la hoja" correspondiente.

El operario de ATLAS "coloca el envasado en la zona de reflejado que dispone de un lector de código de barras donde se informatizan los datos del producto antes de colocar el fleje, tarea que realiza el personal de BIC..."; prestando aquéllos también sus servicios "en la zona denominada Sticky Notes, ubicada en una nave contigua a la de encendedores" en la que procede a la "elaboración de un producto consistente en tiras adhesivas que permite el marcado de libros o páginas a modo de recordatorio, bajo distintos formatos y generalmente asociados a un producto de merchandising en el que se publicita una determinada marca comercial (encargándose "del embalaje de los diversos elementos del producto...y su envasado, como fase final del proceso").

La coordinadora de ATLAS se encargaba "de hacer un listado diario de los trabajos, buscar el producto a envasar y los correspondientes envases, organizar la actividad que desarrolla cada uno" (asignando el puesto a ocupar por cada uno). Si "se plantea cualquier problema en el desarrollo de la actividad, se dirige al encargado de planta" de la empresa BIC quien, a su vez, "imparte las instrucciones a través de la coordinadora" (que es la que "sirve de enlace con la dirección de ATLAS, que cuenta con "dos empleados y un jefe"); siendo "la



encargada de seguimiento de BGE...quien daba órdenes del número de trabajadores necesarios de ATLAS" a su coordinadora (que es la que organizaba las vacaciones de su personal).

En determinados momentos de la relación entre ambas mercantiles "algunos trabajadores de BIC también empaquetaban"; realizando unos y otros "el mismo horario" de trabajo.

En "los últimos tiempos", era Atlas quien se encargaba "de dar las botas de seguridad a (sus) trabajadores y quien impone sanciones disciplinarias" a los mismos; siendo propiedad de BGE "todo el material empleado" (incluido los "guantes y gafas de seguridad que son suministrados por BGE, a excepción de los uniformes), así como "la pulidora y la cabina de aplicación de disolvente...pese a no estar dentro de la zona habilitada para ATLAS" y "los vestuarios, comedor y servicios comunes..." (acudiendo al médico de BGE "si es poca cosa".

La facturación "se hace mediante dos partidas una por sistema de precio unidad de producto envasado y la segunda por servicio de dirección y control a tanto alzado" ("teniendo como coste el de los salarios de los empleados que lo realizan" -penúltimo apartado del cuarto fj-). A partir del 1 de enero de 2007 se acordó "que la contratista se haría cargo de los importes generados por complains".

Tanto lo trabajadores coadyuvantes como quienes prestan servicios para BGE lo hacen bajo la modalidad contractual de "contrato...para obra o servicio determinado"; siendo la retribución anual de éstos (que "realizan envasado manual con características de trabajo y categorías similares a las de los trabajadores de la contratista) superior -en mas de 4.000 euros- a la satisfecha a aquéllos -hp 14º-.

QUINTO .- Atendiendo, así, a la dimensión jurídica resultante de de un incombustible relato judicial de los hechos (integrado con aquellos particulares que, con indudable valor fáctico, en su fundamentación se contemplan) la conclusión que se obtiene no puede diferir de la alcanzada en favor de la existencia de cesión ilegal entre las partes.

Además de no acreditarse que la hoy recurrente ejerciera un efectivo poder de dirección y disciplinario sobre sus trabajadores -ex STS de 8 de marzo de 2011 - (al controlar la principal no tanto el resultado como el día a día de la actividad ejecutada - STS de 29 de octubre de 2010;- Hp 5 º, en relación con el fj 4.6), la misma se desarrollaba dentro del espacio físico de BIC habiéndose adscrito a su ejecución no sólo aquéllos sino también (si bien de forma ocasional) quienes figuraban en la plantilla de esta última. Circunstancia que viene a poner de relieve (en un sistema de producción continuo como el litigioso) que la actividad contratada se hallaba integrada en el ámbito productivo de la empresa principal; actividad cuya "remuneración" también resulta indicativa del concurso de la cesión ilegal que por la presente se ratifica.

En efecto, conforme a un ya consolidado criterio jurisprudencial, debe concluirse en favor de su existencia si la retribución de la principal a la contratista evidencia que lo único que se está abonando es el trabajo (como ocurre cuando se paga por unidad de tiempo - SSTS de 17 de julio de 1993 , 17 de octubre de 2001 y 16 de junio de 2003); o cuando la cantidad mensual a abonar por la principal se fija en función de cada trabajador contratado (SS de la Sala de 29 de abril de 2002 y 25 de febrero de 2009) o por horas de trabajo (STSJ Andalucía/Sevilla de 10 de junio de 2003). Como así sucede en el caso que se analiza en el que su importe se fija tomando como referencia "el de los salarios de los trabajadores que lo realizan...". A lo que debe añadirse que la principal era la titular tanto del material empleado para la ejecución de la contrata, como del de seguridad (exceptuado el suministro de botas, "en los últimos tiempos").

En conclusión debemos concluir que la, en principio, válida externalización llevada a término por la empresa principal se ha visto desnaturalizada al limitarse ésta a recibir el resultado de la ejecución de la actividad desarrollada por la contratista con los medios materiales y organizativos de la principal (en las dependencias de la misma y utilizando, incluso, trabajadores de esta última); lo que determina la desnaturalización de la contrata que se convierte en simple provisión de mano de obra, integrando -así- una cesión ilícita de trabajadores.

Y habiéndolo entendido de esta forma la magistrada en su sentencia, procede su confirmación; previo rechazo del recurso interpuesto contra la misma con la legal y consecuente pérdida del depósito y consignación constituidos por la recurrente (art. 202 LPL).

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa BIC GRAPHIC EUROPE, S.A. contra la sentencia de 19 de febrero de 2009 dictada por el Juzgado de lo Social 2 de Tarragona en los autos 1535/2007



seguidos a instancia del DEPARTAMENT DE TREBALL DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA contra la citada mercantil, ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES S.A. -y los trabajadores Erica , Florencia , Joaquina , Maribel , Noemi , Reyes , Sonia , Zaida , Adoracion , Araceli , Carla , Daniela , Estefanía , Gema , Lourdes , Montserrat , Regina , Tarsila , María Luisa , Alejandra , Beatriz ; Clemencia , Emilia , Gregoria y Lina , debemos confirmar y, en su integridad, confirmamos la citada resolución. Decretándose la pérdida de la consignación y depósito constituidos; firme que sea la presente resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse recurso de casación para la unificación de doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a esta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en los números 2 y 3 del Art.219 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 227 y 228 del texto procesal laboral, todo el que (a excepción de los trabajadores o causahabientes suyos, los beneficiarios del régimen público de la Seguridad Social, quienes gocen del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los organismos dependientes de todos ellos) intente interponer recurso de casación, consignará como depósito la cantidad de 300 euros en la cuenta de consignaciones que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya tiene abierta en el Banco Español de Crédito-BANESTO-, en la Oficina núm 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

En caso de recurso de casación, la consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO, en la oficina indicada en el párrafo anterior, nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

8.6- Anexo VI- STSJ CAT N° 7832/2012, 20 de noviembre de 2012, Rec. 3001/2012. Ponente: Amador García Ros. Id. Cendoj:08019340012012107942, Num.: ECLI: ES:TSJCAT:2012:12548. Num. Roj.: STSJ CAT 12548/2012.

TSJ Cataluña, Sala de lo Social, nº 7832/2012, de 20/11/2012, Rec 3001/2012

- **Orden:** Social
- **Fecha:** 20 de Noviembre de 2012
- **Tribunal:** TSJ Cataluña
- **Ponente:** García Ros, Amador
- **Núm. Sentencia:** 7832/2012
- **Núm. Recurso:** 3001/2012
- **Núm. Cendoj:** 08019340012012107942
- **Núm. Ecli:** ES:TSJCAT:2012:12548
- **Núm. Roj:** STS/ CAT 12548/2012

Resumen:

Fraude por cotizaciones superiores en los años previos a la fecha del hecho causante de la jubilación. Si bien es cierto, que se han de distinguir los casos en que el incremento en cotizaciones se produce en los dos años anteriores a la jubilación y los periodos en que el incremento se haya hecho antes. Sobre esta cuestión hay que hacer las siguientes precisiones: el legislador a previsto frente a determinados incrementos de base de cotización efectuados en los dos últimos años -en concreto los que sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en la norma convencional de aplicación, o en su defecto, en el sector laboral (art. 162.2 TRLGSS); los que no deriven de la estricta aplicación de las normas contenidas en el convenio sobre antigüedad y ascensos reglamentarios; los que sean fruto de la decisión unilateral del empresario, o cualquier otro aumento establecido con carácter general que no venga avalado por norma legal o convencional (art. 162.3 TRLGSS)-, que se excluyan del cómputo de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación de manera automática, quedando al margen la concurrencia o no de una voluntad defraudadora. Regla que evidentemente fue impuesta para tratar de proteger el interés del INSS y que limita su alcance a ese período de tiempo, ya que es el más proclive a esa práctica perversa.

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2010 - 0020461

mm

ILMO. SR. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL

ILMO. SR. AMADOR GARCIA ROS

ILMO. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

En Barcelona a 20 de noviembre de 2012

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 7832/2012

En el recurso de suplicación interpuesto por Ángeles frente a la Sentencia del Juzgado Social 8 Barcelona de fecha 2 de diciembre de 2011 dictada en el procedimiento nº 1098/2010 y siendo recurridos -I.N.S.S.- (Instituto Nacional de la Seguridad Social), Pneumàtics Codinachs, S.L. y -T.G.S.S.- (Tesorería Gral. Seguridad Social). Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. AMADOR GARCIA ROS .

Antecedentes

PRIMERO.-Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Seguridad Social en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 2 de diciembre de 2011 que contenía el siguiente Fallo:

'Que desestimando la demanda promovida por Ángeles debo absolver y absuelvo al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y PNEUMÀTICS CODINACHS SL de las pretensiones de la demanda.'

SEGUNDO.-En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

'PRIMERO.- Que la actora vino prestando servicios para la empresa demandada con la categoría profesional de auxiliar administrativa durante el período de cotización correspondiente a 8-2005 a 7-2009. El Instituto demandado reconoció a la actora pensión de jubilación con las siguientes circunstancias particulares: Base reguladora mensual.- 1.241,48 euros, porcentaje pensión.- 88%, fecha de efectos.- 22-8-2009.

SEGUNDO.- Que disconforme la parte actora con la base reguladora reconocida ésta interpuso la pertinente reclamación previa que fue desestimada por no quedar justificado el incremento de las bases de cotización de 8-2005 a 7-2009 por resolución administrativa de 8-11-2010.

TERCERO.- Que la parte actora no desvirtúa el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que considera no justificados los incrementos de las bases de cotización en el período 8-2005 a 7-2009 ni tampoco, por tanto, las afirmaciones de hecho que en tal sentido obran en la resolución administrativa desestimatoria de la reclamación previa.- véase folios 691 y ss a los que íntegramente me remito-.

CUARTO.- Que de prosperar la pretensión actora la indiscutida base reguladora mensual, porcentaje y efectos serían: 1.571,11 euros, 88% y 22-8-2009.'

TERCERO.-Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado no impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

Fundamentos

PRIMERO.-Interpone recurso de suplicación la representación letrada de la parte actora frente a la sentencia que desestima la demanda y confirma la resolución administrativa dictada por el INSS por la que no se tuvo en cuenta los incrementos de cotización correspondiente al periodo comprendido entre el mes de agosto de 2005 y el mes de julio de 2009, y, se hace sobre dos motivos, el primero de revisión de los hechos, por el que se solicita se amplíe el relato fáctico con dos nuevos hechos que ocuparían el lugar del tercero y cuarto, y se modifique los que la resolución impugnada identifica con el ordinal tercero, que pasaría a ocupar el quinto lugar.

La redacciones alternativas que se postulan son las siguientes:

Hecho Tercero: ' El administrador único de la empresa Pneumàtics Codinach, S.L., el señor Luis Codinach, curso diversos períodos de incapacidad temporal entre los años 2005 y 2009, constando acreditados documentalmente los siguientes: de 15.02.2005 a 11.11.2005; 01.06.2006 a 1.10.2006; 12.02.2007 22.03.2007; 24.09.2007 a 28.10.2007; 15.11.2007 a 3.02.2007; 7.01.2008 a 29.01.2008; 22.04.2008 a 2.05.2008; 22.08.2008 a 9.12.2008; y 22.04.2009 a 3.09.2009. Por causa de estas continuas incapacidades laborales, las tareas relacionadas con la administración del negocio tuvieron que ser asumidas por la auxiliar administrativa de la empresa, Doña. Ángeles . Este incremento de tareas excedía de las propias de una auxiliar administrativa.' Esta petición encuentra amparo documental en los folios 490 a 639.

Hecho cuarto: ' La asunción de las funciones mencionadas en el hecho tercero probado anterior comportaron un incremento salarial en la retribución mensual de la trabajadora plenamente justificado por dicho motivo. Desde el mes de agosto de 2005, la retribución bruta se incrementa de 1244,03 euros a 2.222,63 euros, lo que repercute en una nueva base de cotización de 2560,03 euros mensuales. Dicho importe se fue actualizando con el correspondiente IPC anual en los años 2006, 2007, 2008, y 2009.' La preceptiva documental que cita se identifica a través de los folios 46 a 66, 428 a 469, y 659 a 666.

Hecho quinto (antes tercero): ' La parte actora ha desvirtuado con ello el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el sentido que los incrementos salariales y, por lo tanto, de las bases de cotización mensuales están plenamente justificados por las causas que resultan de los anteriores hechos probados'.

Revisión en su conjunto que debe ser desestimada, por cuanto no pretende corregir o completar la existencia de un error valorativo cometido por el Juzgado a la hora de redactar los hechos probados, sino, como fácilmente se puede comprobar tras la simple lectura de la redacciones que se propone, lo que en realidad se persigue es incorporar su peculiar e interesada valoración de la prueba que señala y refiere, y además, que son más que valoraciones jurídicas que no tienen cabida en este trámite de revisión. Pero incluso aunque así no fuere, con relación al hecho tercero, de los documentos citados sólo es posible deducir, que el administrador y cuñado de la actora, estuvo de baja, pero por el contrario es imposible deducir si el apoyo de otra prueba que la actora realizara las funciones que dice que estuvo realizando. Por otra parte, como se puede fácilmente comprobar, y en relación con el hecho cuarto, el incremento de cotización tampoco queda justificado, ya que mientras este no se vio alterado entre el 2005 y el 2009, en cambio, si lo fue la causa que afirma la recurrente que lo justificaban, y por lo tanto, si el incremento se debió a las bajas que se usan para justificar el mismo, la cuantía de la cotización

debería haberse reducido tras su finalización a los parámetros normales.

Y por último, si hemos rechazado la revisión de los dos primeros hechos, su consecuencia, nos obliga a repudiar la del tercero, pues si alguna cosa queda clara en estas actuaciones, es que la actividad probatoria de la actora no ha conseguido desvirtuar las afirmaciones que contienen el informe 'ad hoc' elaborado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, donde, tras las comprobaciones oportunas, llegó a la conclusión de la inexistencia de causa alguna que justificara debidamente un incremento de cotizaciones durante el periodo indicado y, menos de su cuantía.

La desestimación de los hechos comporta que las circunstancias que a partir de ahora debemos tener en cuenta son las que refiere la sentencia, tanto los cuatro hechos que la conforman, como aquellas, que con igual valor contienen los fundamentos de derecho.

SEGUNDO.-Con adecuada cobertura procesal en el apartado de censura jurídica se denuncia la infracción del artículo 162 del TRLGSS, 217 de la LEC, y 6.4 del Código Civil, y todo ello, por entender, sobre la base de la revisión fáctica que han sido rechazadas, que han quedado a su juicio más que justificado el incremento de cotizaciones que ni el INSS, ni el Juzgado de instancia se avinieron a reconocerla. La desestimación de las alteraciones fácticas, por si misma deberían provocar la desestimación de este motivo, pero, a pesar de ello, conviene, que razonemos atendiendo a los argumentos utilizados por la recurrente del por qué nuestra opinión coincide con la que refleja la resolución impugnada.

En cuanto al primero de los argumentos empleados de que sólo cabe considerar fraude por cotizaciones superiores en los casos en que éstas se produzcan en el plazo de dos años previos a la fecha del hecho causante de la jubilación, ya de entrada debemos rechazarlo. Si bien es cierto, que se han de distinguir los casos en que el incremento en cotizaciones se produce en los dos años anteriores a la jubilación y los periodos en que el incremento se haya hecho antes. Sobre esta cuestión hay que hacer las siguientes precisiones: el legislador a previsto frente a determinados incrementos de base de cotización efectuados en los dos últimos años -en concreto los que sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en la norma convencional de aplicación, o en su defecto, en el sector laboral (art. 162.2 TRLGSS); los que no deriven de la estricta aplicación de las normas contenidas en el convenio sobre antigüedad y ascensos reglamentarios; los que sean fruto de la decisión unilateral del empresario, o cualquier otro aumento establecido con carácter general que no venga avalado por norma legal o convencional (art. 162.3 TRLGSS)-, que se excluyan del cómputo de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación de manera automática, quedando al margen la concurrencia o no de una voluntad defraudadora. Regla que evidentemente fue impuesta para tratar de proteger el interés del INSS y que limita su alcance a ese período de tiempo, ya que es el más proclive a esa práctica perversa.

En cambio, con respecto al resto del período de cálculo de la base reguladora (art.162.4 TRLGSS), la exclusión de cómputo se contrae únicamente a los incrementos de bases que obedezcan exclusiva o fundamentalmente a incrementos salariales pactados en función del cumplimiento de una edad próxima a la jubilación, en lo que no es sino una concreción del efecto previsto en nuestro ordenamiento jurídico como eficaz modo de combatir una conducta realizada en fraude de ley. En este sentido, se manifiesta la doctrina jurisprudencial contenida entre otras en las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1992 (RCUD 2011/1991), 27 de octubre de 1998 (RCUD 3616/1997), 30 de enero de 2001 (RCUD 715/2000), 29 de junio de 2001 (RCUD 2930/2000) y 23 de noviembre de 2006 (RCUD 2978/2005).

Por otra parte, en relación con la conducta fraudulenta relativa a la acreditación de las circunstancias que deben concurrir para el acceso a una prestación de seguridad social, la Sala 4ª del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente, entre otras, en la sentencia de fecha 17 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 8935), que la existencia de fraude se funda en la valoración de intenciones que atiende a una casuística de circunstancias individualizadas y, normalmente, variables en cada supuesto. No obstante, se señala que el fraude de Ley que sanciona el artículo 6.4 del Código Civil, no se presume, pero, esta afirmación no excluye la posibilidad de que el carácter fraudulento pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones (art. 385 y 386 de la LEC), 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 Sala 4ª, de 24-2-2003 (RJ 2003, 3018); y 6-2-2003 (RJ 2003, 3086)).

En el caso que nos ocupa, no cabe sino compartir íntegramente los acertados razonamientos que expresa la sentencia recurrida para llegar a la conclusión, por presunción, de la realidad del fraude de ley que afirma, en cuanto que de los hechos probados de la sentencia, contenidos tanto en el relato fáctico como en la fundamentación jurídica, se desprende que el incremento que experimentaron sus bases de cotización entre el mes de agosto del 2005 y el mes de agosto de 2007, más de 1.000 euros al mes, sobre un salario de 1.244,03 euros brutos sin prorrata de pagas, no obedeció a factor objetivo alguno, sino a la existencia de un posible acuerdo entre ella y su cuñado, administrador único de la empresa, cuyo objetivo final, dada la edad de la actora, era lucrar una pensión de jubilación mejor que la que ahora se le ha concedido. Criterio, que si cabe viene además corroborado, por el hecho de que actora no ha conseguido acreditar que realizará las superiores funciones sobre las que dice pender está más que notable incremento salarial, ni que el mismo, fuese justificado, como ha pretendido hacernos creer, porque su cuñado pasará a disfrutar de innumerables bajas médicas durante ese período.

Circunstancias toda ellas, que nos llevan por deducción lógica de lo expresado, y en aplicación de la presunción judicial que establece el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a entender que el incremento de cotización no respondió a una real y efectiva prestación de servicios, sino a la clara intencionalidad connivente entre la

empresa demandada y la actora, que sólo admite como única consecuencia que no se tenga por efectuados los incrementos injustificados hechos durante el periodo de referencia (2005 -2007), ni tampoco, por imperativo legal (artículo 162.2º y 3º TRLGSS), los incrementos de cotización que se produjeron en el período comprendido entre el mes de agosto de 2007 y el mes de agosto de 2009, por carecer este de la necesaria justificación legal o convencional, ser superiores a los incrementos medios interanuales fijados en el convenio aplicable o en su defecto, en correspondiente del sector.

No habiéndose desvirtuado la presunción de la actuación fraudulenta a la que llega la sentencia recurrida, el recurso debe, por tanto, ser desestimado.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Fallo

Que desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA Ángeles contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 8 de Barcelona con fecha 2 de diciembre de 2011 , en los autos núm. 1098/2010, seguidos a su instancia frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en reclamación de diferencias de pensión de jubilación, y en su consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

No ha lugar hacer pronunciamiento alguno sobre honorarios, costas o multas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social](#) .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social](#) , consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social](#) y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.-La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.

8.7- Anexo VII- Sentencia del Tribunal Supremo 4262/2014, de 15 de octubre de 2014. Num. Recurso: 492/2014. Ponente: Dña. María Luísa Segoviano Astaburuaga.

Roj: STS 4262/2014
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 492/2014
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 15/10/2014
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA SA: La relación laboral del actor, amparada en siete contratos de carácter temporal, eventual por circunstancias de la producción, es de carácter indefinido, fijo discontinuo, desde el primer contrato de fecha 15 de febrero de 2004. Los contratos no identifican la causa de la temporalidad, ni se ha acreditado que concurra alguna causa justificadora, por lo que están efectuados en fraude de ley y la relación es de carácter indefinido, siendo fijo discontinuo dada la reiteración, duración y secuencia de los contratos suscritos.

Encabezamiento

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Octubre de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D^a Rosario Martín Narrillos, en nombre y representación de D. Baltasar , contra lasentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 14 de octubre del 2013, recaída en el recurso de suplicación nº 421/2013, que resolvió el formulado contra lasentencia del Juzgado de lo Social nº 23 de los de Madrid, dictada el 12 de junio de 2012, en los autos de juicio nº 1407/11, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Baltasar , contra IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA, sobre RECLAMACIÓN DE DERECHOS.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga , Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha12 de junio de 2012, el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid, dictó sentenciaen la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimo la demanda promovida por D. Baltasar , frente a la empresa IBERIA LÍNEAS AÉREAS ESPAÑOLAS, S.A., en reclamación de derecho, absuelvo a la demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra en este proceso".

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "**PRIMERO** .- Que el actor viene prestando sus servicios para la empresa IBERIA L.A.E. S.A. desde el 15 de febrero de 2004, con la categoría profesional de Agente administrativo, en virtud de sucesivos contratos de duración determinada, en la modalidad de eventual por circunstancias de la producción, en los siguientes períodos:

Baltasar

DESDE HASTA

15/02/2004 14/08/2004

15/02/2005 14/08/2005

15/02/2006 14/08/2006

01/10/2006 31/03/2007

17/10/2007 15/10/2008

17/04/2009 16/04/2010

SEGUNDO .- Que el 15 de noviembre de 2010 las partes suscribieron un nuevo contrato de trabajo de duración determinada, como eventual por circunstancias de la producción, a tiempo parcial, para una jornada de 12 horas a la semana, que se extendía hasta el 2 de enero de 2011, que fue objeto de prórroga desde el 3 de enero de 2011 hasta el 14 de noviembre de 2011.**TERCERO** .- Que el 1 de abril de 2011 las partes convinieron y comunicaron las conversiones del contrato temporal en contrato a tiempo parcial, para una jornada mínima anual ordinaria que se estipuló en el 56,25% de la jornada anual efectiva establecida en el convenio colectivo vigente en cada momento para los fijos a tiempo completo.**CUARTO** .-Que en fecha 26 de octubre de 2011, tuvo lugar el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de intentada sin efecto".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada del D. Baltasar formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 14 de octubre del 2013, recurso 421/2013, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Baltasar contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 23 de los de Madrid, de fecha 12 de junio de 2012 en virtud de demanda formulada por el recurrente contra Iberia Líneas Aéreas de España S.A., en reclamación de derechos, y confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la letrada D^a Rosario Martín Narrillos, en nombre de D. Baltasar, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 11 de octubre de 2013, recurso 6581/2012.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado

por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 8 de octubre de 2014, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social número 23 de los de Madrid dictó sentencia el 12 de junio de 2012, autos número 1407/2011, desestimando la demanda formulada por D. Baltasar contra IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA SA sobre derechos. Tal y como resulta de dicha sentencia el actor viene prestando servicios para la demandada desde el 15 de febrero de 2004, con la categoría profesional de agente administrativo, en virtud de sucesivos contratos de duración determinada, en la modalidad de eventual por circunstancias de la producción, en los siguientes periodos: Desde el 15/02/2004 al 14/08/2004; desde 15/02/2005 hasta 14/08/2005; desde 15/02/2006 hasta 14/08/2006; desde 01/10/2006 hasta 31/03/2007; desde 17/10/2007 hasta 15/10/2008 y desde 17/04/2009 hasta 16/04/2010. El 15 de noviembre de 2010 las partes suscribieron un nuevo contrato de trabajo de duración determinada, eventual por circunstancias de la producción, hasta el 2 de enero de 2011, prorrogado hasta el 14 de noviembre de 2011, pactándose una jornada de 12 horas a la semana. El 1 de abril de 2011 las partes pactaron la conversión del contrato temporal en contrato indefinido a tiempo parcial, estipulándose una jornada mínima anual ordinaria del 56,25% de la jornada anual.

Recurrida en suplicación por la parte actora, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 14 de octubre de 2013, recurso número 421/2913, desestimando el recurso formulado. La sentencia entendió que el actor no tiene la categoría de fijo discontinuo pues, tal y como se razona en la sentencia de instancia, no se ha acreditado que las características del trabajo realizado en cada uno de los periodos contratados pongan de manifiesto que estamos ante una actividad de carácter fijo discontinuo, no teniendo los trabajos unas fechas de inicio y de finalización similares, no coincidiendo con las que establece el convenio colectivo para el llamamiento de los fijos discontinuos.

Contra dicha sentencia se interpuso por la parte actora recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 11 de octubre de 2013, recurso número 6581/2012.

La parte demandada ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser estimado.

SEGUNDO.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

La sentencia de contraste invocada, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 11 de octubre de 2013, recurso número 6581/2012, estimó el recurso de suplicación interpuesto por D. Belarmino contra la sentencia dictada el 29 de mayo de 2012 por el Juzgado de lo Social número 27 de los de Madrid, en los autos número 32/2012, seguidos a instancia del citado recurrente contra Iberia Líneas Aéreas de España SA, sobre reconocimiento de derecho, revocando la resolución recurrida, declarando que la relación contractual laboral mantenida por las partes, antes de que se trocase en indefinida, fue propia de un contrato de trabajo de carácter fijo discontinuo, por lo que procede establecer la antigüedad del actor en la empresa en 2 de febrero de 2001, data de inicio de la vigencia del primero de los contratos eventuales por circunstancias de la producción celebrados entre las partes. Consta en dicha sentencia que el actor presta servicios laborales para la demandada con categoría de agente administrativo, con jornada parcial irregular. El actor ha estado vinculado a la empresa con los siguientes contratos: -Eventual.... 2-02-2001 al 1-08-2001; -Eventual.... 2-02-2002 al 1-08-2002; -Eventual....1-04-2003 al 30-08-2003; -Eventual.... 1-04-2004 al 30-09-2004; -Interinidad.... 25-11-2004 al 28-01-2005; -Eventual.... 26-04-2005 al 25-10-2005; -Interinidad.... 26-11-2005 al 21-12-2005. El 4 de febrero de 2006 suscribió un nuevo contrato eventual, transformándose en indefinido el 17 de julio de 2006. La sentencia entendió que, como los seis contratos eventuales por circunstancias de la producción, así como los dos de interinidad, que las partes concertaron no se atuvieron en modo alguno a las formalidades legales y reglamentarias que disciplinan esta modalidad contractual, los contratos fueron concertados en fraude de ley, lo que determina la nulidad de las cláusulas de temporalidad que en ellos se establecieron. Continúa razonando que la actividad desempeñada por el trabajador de agente administrativo es la propia, normal y habitual de su empleador, sin perjuicio del carácter discontinuo o intermitente del trabajo. por lo que, teniendo en cuenta la repetición y vigencia cada año de la aludida contratación de duración determinada, las fechas en que era contratado anualmente y las razones aducidas en los instrumentos contractuales, suscritos, revelan que estamos ante una actividad permanente de la empresa, reiterada cíclicamente en determinadas épocas del año, siendo la duración de todos los contratos -a excepción del último que se transformó en indefinido- de seis meses y su inicio tuvo lugar por tres veces en febrero y otros tres en abril, por lo que la antigüedad se fija en 2 de febrero de 2001, fecha en la que se suscribió el primero de los contratos eventuales citados.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En ambos supuestos se trata de trabajadores de Iberia Líneas Aéreas de España S.A., con categoría de agentes administrativos, cuya relación laboral se ha transformado en indefinida, habiendo sido precedida de varios contratos temporales por circunstancias de la producción -7 en la sentencia recurrida, 6 en la de contraste, habiendo suscrito también en esta última dos contratos de interinidad- habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que la relación que precedió a la de carácter indefinido, no es fija discontinua y, por lo tanto la antigüedad ha de establecerse en el día en que se inicia la relación indefinida, la de contraste resuelve que el carácter de la relación previa a la conversión del contrato en indefinido es de fijo discontinuo y, por lo tanto la antigüedad ha de establecerse en la fecha del primer contrato eventual por circunstancias de la producción.

Cumplidos los requisitos de los artículos 219 y 224 de

la LRJS, procede entrar a resolver el fondo del asunto.

TERCERO.- El recurrente aduce que la sentencia impugnada infringe el artículo 15.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 3 del RD 2720///1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, en materia de contratos de duración determinada, en relación con los artículos 274 y 275.3 del XIX Convenio Colectivo de Iberia Líneas Aéreas de España SA y su personal de tierra.

La sentencia de esta Sala de 12 de marzo de 2012, recurso 2152/2011, recoge la doctrina de la Sala acerca de los contratos fijos discontinuos en los siguientes términos: "TERCERO.- 1.-Esta Sala, entre otras, en su STS/IV 1-octubre-2001 (rcud 2332/2000), como recuerda la ulterior STS/IV 12-diciembre-2008 (rcud 775/2007), establece en que la diferencia entre un trabajador eventual un indefinido discontinuo radica precisamente en que, mientras el trabajo eventual está justificado cuando "la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular", la de indefinido discontinuo se produce "cuando, con independencia de la continuidad de la actividad de la empresa, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad". Argumenta, en el caso por aquélla enjuiciado, que "El contrato de la actora no está amparado por la causa b) del art. 15.1 del ET y ello es así por dos razones. La primera consiste en que no se ha acreditado la concurrencia de ninguna necesidad extraordinaria de trabajo que pueda justificar la contratación realizada, que sólo de manera genérica se menciona por remisión al tipo legal en los contratos celebrados ...La segunda razón viene dada por la reiteración de la contratación realizada. En este sentido hay que tener en cuenta que, de acuerdo con la doctrina de la Sala, existe un contrato fijo de carácter discontinuo «cuando, con independencia de la continuidad de la actividad de la empresa, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad», mientras que el contrato de eventualidad sólo está justificado cuando «la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular» (sentencias de 27-septiembre-1988, 26-mayo-1997, 25-febrero-1998). Esto es lo que sucede en el presente caso, pues el examen de la larga serie de contratos muestra la persistencia de la necesidad de trabajo en períodos de seis meses anuales" añadiendo, lo que también puede tener incidencia precisamente en el supuesto ahora debatido, que "Por otra parte, no puede seguirse la argumentación de la sentencia recurrida cuando, tras reconocer la reiteración del período de contratación, señala que «cada contratación anual viene condicionada a condicionamientos varios» que relaciona con «una contratación para obra o servicio determinado con sustantividad propia dentro de la empresa», porque ni se ha probado ninguno de esos condicionamientos, ni la demandante ha sido contratada por la modalidad que se dice, sino mediante contratos eventuales sucesivos en los términos ya examinados, sin concreción de la causa y sin acreditación de ésta".

2.- Igualmente esta Sala en STS/IV 30-mayo-2007 (recurso 5315/2005), siguiendo una consolidada doctrina, parte de que la condición de trabajador fijo discontinuo responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa que se presentan por lo regular de forma cíclica o periódica, reiterándose esa necesidad en el tiempo aunque lo sea por períodos limitados. Razonando que "La sentencia de 5-julio-1999 (rcud 2958/1998) al resolver acerca de la verdadera naturaleza de la contratación de quienes fueron dedicados a la cíclica tarea

encuestadora, se pronuncia en los siguientes términos: "2. Los criterios de delimitación entre el trabajo eventual y el fijo discontinuo han sido ya concretados por esta Sala. La sentencia de 26-5-97, entre otras, señala que cuando el conflicto consiste en determinar si la necesidad de trabajo puede atenderse mediante un contrato temporal, eventual o de obra, o debe serlo mediante un contrato indefinido de carácter discontinuo lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por periodos limitados. Será posible pues la contratación temporal, ya sea eventual o por obra o servicio determinado, cuando esta se realice para atender a circunstancias excepcionales u ocasionales, es decir cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular. Por el contrario existe un contrato fijo de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, o lo que es igual, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad". Añadiendo que "la de 25-3-98 ha recordado que la condición de trabajador fijo discontinuo configurada hoy como modalidad de contratación a tiempo parcial, a tenor de lo dispuesto en el art. 12.3 ET de 1995 responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa - de ahí la condición de fijeza - que se presentan por lo regular de forma cíclica o periódica, y que no alcanzan la totalidad de la jornada anual".

3.- Del mismo modo, en cuanto al contrato para obra o servicio determinados, los requisitos para la validez han sido ya delimitados por esta Sala en la STS/IV 21-enero-2009 (rcud 1627/2008), con doctrina seguida por la STS/IV 14-julio-2009 (rcud 2811/2008), que recordando, entre otras, la STS/IV 10-octubre-2005 (rcud 2775/2004), en la que con cita de la STS/IV 11-mayo-2005 (rcud 4162/2003), se razona que la doctrina es aplicable tanto para las empresas privadas como para las públicas e incluso para las propias Administraciones Públicas, señalando que "son requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado, que aparece disciplinado en los arts. 15.1.a) ETy2 Real Decreto 2720/1998 de 18-diciembre que lo desarrolla (BOE 8-1-1999) ... los siguientes: a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y c) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas.- Esta Sala se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurren conjuntamente todos requisitos enumerados, para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho... Corroboran lo dicho, las de 21-9-93 (rec. 129/1993), 26-3-96 (rec. 2634/1995), 20-2-97 (rec. 2580/96), 21-2-97 (rec. 1400/96), 14-3-97 (rec. 1571/1996), 17-3-98 (rec. 2484/1997), 30-3-99 (rec. 2594/1998), 16-4-99 (rec. 2779/1998), 29-9-99 (rec. 4936/1998), 15-2-00 (rec. 2554/1999), 31-3-00 (rec. 2908/1999), 15-11-00 (rec. 663/2000), 18-9-01 (rec. 4007/2000) y las que en ellas se citan que, aun dictadas en su mayor parte bajo la vigencia de las anteriores normas reglamentarias, contienen doctrina que mantiene su actualidad dada la identidad de regulación, en este punto, de los Reales Decretos 2104/1984, 2546/1994 y 2720/1998.- Todas ellas ponen de manifiesto ... que esta Sala ha considerado siempre decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad".

CUARTO .- Aplicando la anterior doctrina al supuesto debatido, procede la estimación del recurso formulado. A este respecto hay que señalar que los motivos de tal conclusión son los siguientes:

Primero: El actor, en el periodo de 2004 a 2010, suscribió con la demandada siete contratos temporales, bajo la modalidad de contrato eventual por circunstancias de la producción -el último suscrito el 15 de noviembre de 2010 se transformó en indefinido el 1 de abril de 2011- sin que en los mismos constara la causa o la circunstancia que los justifica. Al no constar en los contratos, tal y como exige el artículo 3.2 a) del RD 2720/1998, la causa o la circunstancia que los justifica, es decir, al no identificar las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos que motivan los mismos, el contrato ha sido celebrado en fraude de ley.

Segundo: La demandada no ha acreditado la naturaleza temporal de la prestación contratada, en cuyo caso no se considerarían celebrados los contratos en fraude de ley, por lo que la no justificación de la causa de la temporalidad acarrea la consideración de fraudulentos de los contratos suscritos.

Tercero: Los contratos temporales celebrados en fraude de ley se presumirán por tiempo indefinido, a tenor del artículo 15.3 del ETy 9.3 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por lo que la contratación del actor es de carácter indefinido desde la suscripción del primer contrato el 15 de febrero de 2004.

Cuarto: El examen de los periodos en los que el actor ha estado contratado nos muestra que la duración de dichos contratos era de seis meses los cuatro primeros y de doce meses los restantes, que tenían una secuencia que se iba repitiendo -los tres primeros desde el 15 de febrero al 14 de agosto, los dos siguientes se iniciaron en octubre y los dos últimos en fechas diferentes, en abril y en noviembre, respectivamente-, sumando un total de 72 meses el tiempo en el que el actor estuvo contratado, en el periodo de 15 de febrero de 2004 a 14 de noviembre de 2011.

Quinto: La duración, contenido y secuencia de los sucesivos contratos del actor nos conducen, en aplicación de la doctrina de la Sala anteriormente transcrita, a resolver que la naturaleza de su relación laboral es la de indefinida, fijo discontinuo. En efecto, no se ha identificado en el contrato, ni tampoco se ha acreditado, la concurrencia de circunstancias excepcionales u ocasionales que justifiquen la contratación eventual por circunstancias de la producción, es decir la necesidad de trabajo, en principio, imprevisible y fuera de cualquier ciclo de reiteración regular. Por el contrario se constata una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad.

Sexto: Al establecerse el inicio de la contratación indefinida, fijo discontinuo, en la fecha del primer contrato, el 15 de febrero de 2004, esta es la fecha a partir de la cual ha de computarse la antigüedad del actor.

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

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Baltasar frente a la sentencia dictada el 14 de octubre de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación número 421/2013, interpuesto por D. Baltasar frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 23 de Madrid, el 12 de junio de 2012, en los autos número 1407/2011, seguidos a instancia de D. Baltasar contra IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA SA en reclamación por derechos. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto por D. Baltasar y estimando la demanda formulada, declaramos el derecho a que todos esos periodos trabajados se consideren como de trabajos fijos discontinuos y, por tanto, que la relación laboral del recurrente con Iberia tuvo tal carácter desde el inicio de la misma, con las consecuencias que a ello se anuden, declarando que su antigüedad a todos los efectos es de fecha 15 de febrero de 2004. Sin costas.

Devuélvanse 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.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. [Maria Luisa Segoviano Astaburuaga](#) hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

8.8- Anexo VIII- STS 4641/2012, de 23 de abril de 2012. Num. Recurso: 2724/2011. ECLI: ES:TS:2012:4641. Ponente: José Manuel López García de la Serrana. Id: Cendoj: 28079140012012100455.



Roj: **STS 4641/2012 - ECLI: ES:TS:2012:4641**

Id Cendoj: **28079140012012100455**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/04/2012**

Nº de Recurso: **2724/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 3300/2011,**
STS 4641/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Abril de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Enrique Cabral González-Sicilia en nombre y representación de DON Eulalio contra la sentencia dictada el 10 de mayo de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en recurso de suplicación nº 3810/10, interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de julio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla, en autos núm. 684/10, seguidos a instancias de DON Eulalio contra GALLETAS ARTIACH S.L.U., PANRICO S.L.U., PRODUCTOS ALIMENTICIOS LA BELLA EASO S.A.U. sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido PRODUCTOS ALIMENTICIOS LA BELLA EASO, S.A.U. representado por el Letrado Don José Antonio Domínguez López.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de julio de 2010 el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º.-** D. Eulalio, N.I.F NUM000, vino prestando servicios bajo las órdenes y la dependencia de la empresa Bella Easo S.A.U. con una antigüedad de 11.05.2004, con la categoría profesional de promotor comercial, en el centro de trabajo sito en la Avenida Alcalde Luis Uruñuela S/N, Edificio Congreso, Módulo 105, de Sevilla, con un salario diario a efectos, de despido de 65,63 euros. **2º.-** La parte actora no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores. **3º.-** La empresa comunicó al trabajador en fecha de 16.3.2010 su despido con fecha de efectos de 5.05.2010, en los términos que obran en folios 10 a 21, que por su extensión, damos por reproducidos, con la misma se adjunta un cheque por importe de 8.762.64 euros no aceptado por el trabajador (documento número 3 de los de la demandada). La realidad de los datos económicos, contables y comerciales vertida en la comunicación de la extinción del contrato queda acreditada a través de la documentación contable, fiscal y financiera aportada por la parte demandada. **4º.-** En efecto, tal como consta en la carta, tras la adquisición de La Bella Easo por Iberian Foods, se realizó un análisis para ser más competitivos y se acordó la integración comercial: - Cuentas Anuales: Se integran las fuerzas de ventas de Pan Rico y La Bella Easo, manteniendo separada Artiach en la categoría de galletas. Continúan con las mismas responsabilidades Celestino para Panrico/La Bella Easo y Ovidio para Artiach. Cuentas Regionales: Se crea una única fuerza de ventas cuyo objetivo es optimizar la presencia en el mercado de Panrico, La Bella Easo y Artiach. El líder de esta unidad es Jesús Carlos. Jesús Carlos reporta a Celestino en lo referente a Panrico/La Bella Easo y a Leandro para las cuestiones relativas a Artiach. Gestión de punto de venta: Se crea una única fuerza de ventas cuyo objetivo será maximizar

la presencia de los productos de Artiach y la Bella Easo en las tiendas de las principales cuentas nacionales y regionales que se aprovisionan de productos de estas marcas desde plataforma. El líder de esta unidad es Carlos José , que reporta a Ezequiel para las cuestiones relativas a Artiach y a Celestino para lo referente a La Bella Easo (documento nº 9 de los de la demandada). **5º.**- Para ello se había encargado a la empresa Europraxis la elaboración de un informe, que se plasma en el documento nº 19 de los de la demandada, que se da por reproducido, en que se aconsejaba, precisamente la integración comercial, a fin de ser más competitivos y evitar la "autocompetencia". Las directrices marcadas en el citado informe fueron llevadas a la práctica por las empresas. **6º.**- En fecha de 7.03.2008 Artiach (antes Nabisco Iberia S.L.) y Metafase firmaron un contrato de arrendamiento de servicios, en cuya virtud ésta última realizaría labor de promoción, recogida de información útil para la Compañía, actividades de preventa, venta etc (documentos nº 11 y 12 de los de la demandada). **7º.**- En documento número 13 de los de la demandada, que se da por reproducido, consta la relación de extinciones de contratos de trabajadores por causas objetivas en la empresa La Bella Easo S.A.U. en el período comprendido entre 7.11.2009 y 5.5.2010 y que asciende a 19 trabajadores. **8º.**- En fecha de 1.04.2010 Artiach y La Bella Easo firmaron un contrato de servicios de colaboración, en cuya virtud, acordaron colaborar conjuntamente para el desarrollo de su respectivas actividades de gestión en los puntos de venta y, en este sentido, acuerdan agrupar sus equipos dedicados a esta actividad en un equipo común que realizará los citados servicios en relación con los clientes que en el mismo contrato se relacionan. (documento número 10 de los de la demandada). **9º.**- La empresa La Bella Easo S.A. solicitó, mediante escrito de fecha de entrada de 4.12.2009, que se instara expediente de regulación de empleo en el centro de trabajo sito en Zaragoza a fin de extinguir 115 contratos laborales. Tramitado el correspondiente expediente se dictó Resolución de fecha de 2.02.2010 por el que se autoriza a la empresa citada a extinguir 14 contratos de trabajo, la suspensión de 206 contratos de trabajo durante un período máximo de 196 días naturales, entre el período de 1.02.2010 a 31.12.2011. **10º.**- En fecha de 25.07.2008 se constituyó la sociedad Galletas Ártica S.L. por Panrico S.L.U. Su administrador único es D. Anton y su objeto social es el que figura en el Art. 2º de sus Estatutos, que damos por reproducido. El domicilio social radica en Santa Perpetua de Mogoda (Barcelona), Carretera de Sabadell a Mollet, km. 43.2 (documento número 6 de los de la demandada). **11º.**- La parte actora interpuso papeleta de conciliación el día 5.5.2010, que se celebró sin avenencia el día 13.05.2010 (folio 22), por lo que interpuso la demanda origen del presente procedimiento."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por D. Eulalio , contra GALLETAS ARTIACH S.L.U., PANRICO S.L.U., PRODUCTOS ALIMENTICIOS LA BELLA EASO S.A.U., en reclamación por DESPIDO, en cuya virtud, debo declarar y declaro el mismo como PROCEDENTE, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas de contrario."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por DON Eulalio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 10 de mayo de 2011 , en la que consta el siguiente fallo: "Debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Eulalio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número CUATRO de los de SEVILLA de fecha 27 de Julio de 2.010 , recaída en los autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por Eulalio contra PANRICO SLU, GALLETAS ÁRTIACH SLU y PRODUCTOS ALIMENTICIOS LA BELLA EASO SAU sobre DESPIDO y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida."

TERCERO.- Por la representación de DON Eulalio se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 22 de julio de 2011. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en fecha 30 de diciembre de 2010 .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 17 de noviembre de 2011 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 IMPROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 7 de marzo de 2011, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión planteada en el presente recurso consiste en determinar los límites entre el despido colectivo y el individual objetivo y, más concretamente, como debe computarse el periodo de noventa días que fija el art. 51-1 del Estatuto de los Trabajadores para determinar el número de despido objetivos que dan lugar a la calificación de los mismos como colectivos.



2. La sentencia recurrida contempla el caso de un trabajador, promotor comercial, despedido por razones objetivas el 5 de mayo de 2010, mediante carta recibida el 16 de marzo anterior. La empresa el 2 de febrero anterior había extinguido 14 contratos de trabajo, actuación autorizada en expediente de regulación de empleo. El operario demandante accionó por despido nulo, al haber sido realizado en fraude de ley, pretensión que le fue denegada. La sentencia computa a estos efectos sólo los 19 trabajadores despedidos con efectos del 5 de mayo de 2010, como el actor, pero se niega a computar los despidos y extinciones contractuales posteriores al cese del mismo que en número de doce alega el recurso. Tal decisión la funda en que solo constan seis extinciones posteriores a esa fecha, en que no consta la causa de esas extinciones, en que las nuevas extinciones sólo son computables cuando se funden en las mismas causas objetivas y en que el último párrafo del artículo 51-1 del E.T. muestra que el fraude de ley y la consiguiente nulidad sólo afectan a las nuevas extinciones, esto es a las posteriores a la impugnada, porque el fraude sólo puede alcanzar a las decisiones extintivas tomadas después y con las que se supera el límite legal, pero no a las tomadas inicialmente, cuando la empresa ignoraba.

3. Contra la anterior sentencia se interpone el presente recurso que como sentencia contrapuesta a ella, a fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso, cita la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón el 30 de diciembre de 2010 en el recurso de suplicación 954/2010. En esta sentencia se contempla un supuesto similar al de la recurrida: se trata de la misma empresa y, aunque de empleado en otro centro de trabajo, los demandantes, promotores comerciales, forman parte del grupo de 19 trabajadores cuyos contratos se extinguieron el 5 de mayo de 2010. Sin embargo, la sentencia de contraste computa las 12 extinciones contractuales acordadas en fechas posteriores con relación al personal de administración, a fin de determinar que se trata de un despido colectivo por superarse los límites del artículo 51-1 del E.T. Debe añadirse que la empresa extinguió el 7 de mayo de 2010 los contratos de todo el personal de administración (12) trabajadores con los que llegó al acuerdo de abonarles una indemnización de 30 días de salario por año de servicio. Consecuencia del cómputo de estos ceses es que la sentencia de contraste considera que se ha sobrepasado en un periodo de noventa días el número de extinciones contractuales cuya superación obliga a tramitar un expediente de regulación de empleo. Tal solución, la de que el periodo de noventa días se computa bien hacia atrás, bien hacia delante, la funda en la necesidad de evitar el fraude de ley.

4. Las sentencias comparadas son contradictorias en los términos que requiere el art. 217 de la L.P.L., para la viabilidad del recurso que nos ocupa, porque han resuelto de forma diferente el mismo asunto: una ha computado las extinciones posteriores a las de los demandantes y la otra no. El hecho de que la sentencia recurrida no tenga por probadas las doce extinciones contractuales producidas el 7 de mayo de 2010, carece de relevancia a los efectos que nos ocupan, pues admite su realidad y no la incorpora al relato fáctico por irrelevante, lo que no puede ser un obstáculo a la existencia de la contradicción, ya que, el dato consta y merece ser valorado, como con más detalle se razonará en el siguiente fundamento. Se hace preciso, pues, entrar a conocer del fondo del asunto y a resolver la contradicción doctrinal existente.

SEGUNDO.- 1. El recurso denuncia la infracción de los artículos 51-1, 52-c) y 53-4 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 3-1 y 6-4 del Código Civil y con la Directiva Comunitaria 98/59 C.E.E..

La cuestión a resolver es como se debe computar el periodo de noventa días que establece el artículo 51-1 del E.T. para delimitar lo que llama despido colectivo y obligar a la tramitación de un expediente de regulación de empleo, dado que el precepto citado no establece como debe hacerse ese cómputo: si hacia atrás, esto es mirando a lo acaecido en el periodo de tiempo anterior; si mirando al futuro, esto es iniciando el cómputo el día de la extinción hacia adelante o si cabe el cómputo simultáneo hacia el pasado y hacia el futuro, siempre que se computen noventa días y que todas las extinciones contractuales, sobre todo las controvertidas, queden dentro de ese periodo o si finalmente, deben computarse los noventa días anteriores al despido y los posteriores.

Ante todo debe señalarse que el precepto estatutario nos muestra que son computables todas las extinciones producidas en el periodo que sean ajenas a la voluntad del trabajador y vengan motivadas por causas distintas a las previstas en el artículo 49-1-c) del E.T., según dispone el penúltimo párrafo del estudiado artículo 51-1 del E.T. Al empresario, conforme a los números 3 y 7 del artículo 217 de la L.E.C. incumbe la carga de probar la causa de las extinciones contractuales producidas durante el periodo de referencia, a fin de acreditar si procede o no su cómputo, y le perjudica la falta de prueba de ese dato. Por ello, aceptado por la sentencia recurrida que se han extinguido 12 contratos de trabajo más el 7 de mayo de 2010, deben computarse esas extinciones, aunque no se adicionara el relato fáctico la realidad de las mismas por irrelevantes al no constar su causa, porque la veracidad del dato consta y su relevancia o no para el sentido del fallo no puede escapar al conocimiento de este Tribunal. Consecuentemente, como constan las extinciones, pero no su causa, procede su cómputo por ser la empresa la obligada a probar que no estaban incluidas en el penúltimo párrafo del art. 51-1 del E.T. y no haber logrado esa prueba.



2. Entrando a resolver la cuestión relativa a la forma de efectuar el cómputo procede señalar en primer lugar que esta Sala, a la hora de fijar la doctrina que estima correcta es libre, lo que quiere decir que no viene obligada en favor de lo resuelto por una de las sentencias comparadas, ni en favor de alguna otra solución que propongan las partes, sino que puede crear su propia doctrina. En este sentido, la Sala tiene señalado <<superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas>> (STS 30/01/03 -rec. 1429/01 -); o lo que es igual, <<la Sala debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a derecho para el caso controvertido, que puede ser la de alguna de las sentencias comparadas o solución distinta que la Sala establezca como doctrina unificada>> (SSTS 14/07/92 -rec. 2273/91 -; 22/09/93 -rec. 4123/92 -; y 21/12/94 -rec. 1466/94 -). Criterio ratificado por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, pues <<el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores>>, S.T.C. 172/1994 .

Una interpretación lógico sistemática del artículo 51-1 del Estatuto de los Trabajadores nos muestra que el mismo, a efectos de definir el despido colectivo y diferenciarlo del individual, establece en su primer párrafo una norma general, mientras que en el último sienta una norma antifraude, encaminada a evitar la burla de la regla general. La norma general se conecta con el número de extinciones contractuales producidas "en un periodo de noventa días", término cuyo cómputo constituye la causa de este recurso. La regla antifraude se contiene en el último párrafo del precepto interpretado donde se dispone: "Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52, c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley, y serán declaradas nulas y sin efecto".

Ante la literalidad del precepto una primera aproximación nos muestra que el día del despido va a ser el día final del plazo (el "dies ad quem") para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial ("dies a quo") para el cómputo del periodo de los noventa días siguientes. Esta interpretación de un precepto que mejora los límites establecidos al respecto por el artículo 1 de la Directiva 98/59, de 20 de julio, del Consejo de las Comunidades Europeas, tiene su base en la literalidad de la norma: Si el despido es colectivo cuando sobrepasa determinados límites, es claro que el "dies ad quem" para el cómputo de los noventa días debe ser aquél en el que se acuerda la extinción contractual, por ser el día en el que se superan los límites que condicionan la existencia del despido colectivo, figura que no existe, que no se da hasta que el número de extinciones supera los límites del cálculo matemático que establece la norma. Apoya esta solución el hecho de que el futuro no se conoce y de que es muy difícil que el legislador de pautas para presumir y sancionar lo que alguien hará o lo que piensa hacer. Por ello, se fija el "dies ad quem" coincidiendo con la fecha en que se acuerda la extinción, en la fecha en la que los hechos son ciertos y sin género de dudas se puede calificar si el despido es colectivo con arreglo a la ley y no con arreglo a un futuro incierto, pues la norma trata de generar seguridad jurídica y no incertidumbres.

Abona esta respuesta el último párrafo del art. 51-1 del E.T. que, al decir "Cuando en periodos sucesivos de noventa días... la empresa realice extinciones...", nos indica que el cómputo debe hacerse por periodos "sucesivos" de noventa días, lo que supone que no cabe un cómputo variable (cambiable o movable) del periodo de noventa días, sino que debe fijarse un día concreto para determinar el día inicial y el final de cada periodo con la particularidad de que el día final de un periodo constituye el "dies a quo" para el cómputo del siguiente. Si ello es así, la solución no puede ser otra que la apuntada: el día en que se acuerda la extinción constituye el día final del cómputo del primer periodo de noventa días y el inicial del siguiente.

3. La aplicación de la anterior doctrina al caso de autos obliga en principio a desestimar el recurso y a confirmar la sentencia recurrida por ser correcta la decisión de la misma de computar sólo las extinciones contractuales anteriores al 5 de mayo de 2010, fecha del cese del trabajador recurrente y en la que los 19 despidos producidos ese día no superaban, cual pacíficamente se acepta, los límites del párrafo primero del art. 51-1 del E.T. .. Ciertamente que días después la empresa acordó otras doce extinciones contractuales cuyo cómputo haría superar los límites que determinan la existencia de despido colectivo, pero, cual se dijo antes, por seguridad jurídica no cabe el cómputo de ceses posteriores al cuestionado, salvo en supuestos de obrar fraudulento. Pero la norma antifraude del último párrafo del art. 51-1 del E.T. no puede fundar el éxito de la acción ejercitada por el actor porque, conforme al último inciso de la misma, sólo se consideran fraudulentas y nulas las "nuevas extinciones" esto es las posteriores al cese del actor, las correspondientes al periodo de noventa días que empezó a correr cuando se extinguió su contrato. Esta solución es lógica porque hasta que no se producen las "nuevas extinciones" no se superan los límites que determinan la calificación del despido como colectivo, razón por la que la norma sólo sanciona con la nulidad las extinciones que se demoraron para no superar los umbrales dichos, siempre que, además, no se justifiquen por otras causas.



Esta doctrina general no sería de aplicación en los supuestos de obrar fraudulento contrario al artículo 6-4 del Código Civil, como acaece cuando la proximidad entre los sucesivos ceses es tan escasa que cabe presumir que el empresario sabía que a las extinciones acordadas se le unirían en fechas próximas otras con las que se superarían los umbrales del despido colectivo. Ello ha ocurrido en el presente caso en el que la proximidad entre las "nuevas extinciones" y la del actor es tan corta, dos días, que tan mínimo espacio de tiempo es revelador de un proceder intencionado por parte de la empresa que actuó sabiendo lo que haría dos días después y no acordó simultáneamente todas las extinciones con el fin de eludir la aplicación de la norma general del artículo 51-1 del E.T. Tal proceder debe anularse por fraudulento, conforme al artículo 6-4 del Código Civil, ya que, el corto periodo de tiempo existente entre las distintas extinciones contractuales revela que la decisión de extinguir varios contratos se tomó simultáneamente y que su ejecución se espació en el tiempo para evitar los trámites de los despidos colectivos, proceder que no puede impedir la aplicación de la norma que se trató de eludir.

Procede, consecuentemente, estimar el recurso, casar la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de declarar la nulidad del despido del actor y de condenar a las demandadas, solidariamente, a su readmisión con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 5 de mayo de 2010. Sin costas.

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

FALLAMOS

Que estimando, como estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Enrique Cabral González-Sicilia en nombre y representación de DON Eulalio contra la sentencia dictada el 10 de mayo de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en recurso de suplicación nº 3810/10, interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de julio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla, en autos núm. 684/10, seguidos a instancias de DON Eulalio contra GALLETAS ARTIACH S.L.U., PANRICO S.L.U., PRODUCTOS ALIMENTICIOS LA BELLA EASO S.A.U.. Debemos casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar el recurso de esa clase que interpuso el actor y de declarar la nulidad del despido del actor y de condenar a las demandadas, solidariamente, a su readmisión con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 5 de mayo de 2010. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo 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.

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

8.9- Anexo IX- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, 3650/2013, de 4 de septiembre de 2013. ECLI: ES:AN:2013:3650. Ponente: Ricarlo Bodas Martin. Num. Recurso: 240/2013. Num: Resolución: 155/2013. Id. Cendoj: 28079240012013100159.



Roj: **SAN 3650/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:3650**

Id Cendoj: **28079240012013100159**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/09/2013**

Nº de Recurso: **240/2013**

Nº de Resolución: **155/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3650/2013,**
STS 5515/2014

SENTENCIA

Madrid, a cuatro de septiembre de dos mil trece.

La **Sala de lo Social** de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento nº 240/13 seguido por demanda de CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (letrada Doña Teresa Ramos Antuñano) contra UNÍSONO SOLUCIONES CRM SA (letrado D. Antonio Bartolomé Martín), FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS CCOO, FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT, FEDERACIÓN DE BANCA, AHORRO, SEGUROS Y OFICINAS DE CIG (no comparece) sobre conflicto colectivo. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTIN.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 31-5-2013 se presentó demanda por CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO contra UNÍSONO SOLUCIONES CRM SA y FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS CCOO, FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT, FEDERACIÓN DE BANCA, AHORRO, SEGUROS Y OFICINAS DE CIG en impugnación de despido colectivo.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 03-09-2013 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosí es de prueba.

CCOO y UGT se personaron en el acto de juicio pero se retiraron al observarse por la Sala que por tratarse de un pleito tramitado por la vía del despido colectivo no pueden comparecer como interesados como así han sido llamados por la parte actora, por motivos de coherencia con el art. 124 LRJS y el criterio adoptado por esta Sala en sentencias dictadas el 04-07-2013 y 08-07-2013.

Tercero.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto .- Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, por la que se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

La CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT desde aquí) ratificó su demanda de impugnación de despido colectivo, mediante la que solicitó la nulidad del despido de hecho promovido por la empresa demandada.

Destacó, a estos efectos, que en el período 1-02/30-04-2013 la empresa demandada despidió a 33 trabajadores por causas objetivas, superando, por consiguiente, los umbrales del art. 51.1 ET . - Solicitó, en consecuencia, la nulidad del despido colectivo, por cuanto no se siguió el procedimiento regulado en el art. 51 ET .

Defendió que debían computarse, además de los despidos fundados en el art. 52.c ET , los basados en el apartado d) del citado precepto, por cuanto su causa no era inherente a la persona de los trabajadores. - Apoyó su tesis en la doctrina emanada de la sentencia del TCJE de 12-10-2004 , que deja perfectamente claro que la expresión "motivos no inherentes a la persona del trabajador", contenidos en el art. 1.1.a de la Directiva 1998/59/CE , engloba cualquier extinción del contrato no pretendida por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento, por lo que la extinción por absentismo justificado debe considerarse necesariamente como una extinción del contrato por motivos no inherentes a la persona del trabajador.

Mantuvo, en cualquier caso que, de estimarse que los despidos, fundados en el art. 54.2.d ET , no computan para los umbrales del despido colectivo, debería considerarse también que se ha producido un despido colectivo, por cuanto el art. 1.a.ii de la Directiva antes dicha establecía un tope de 20 trabajadores en periodos de 90 días como límite mínimo del despido colectivo. - Se apoyó, a estos efectos, en sentencias de varios Juzgados de lo Social de Madrid.

Destacó, en conclusiones, que la empresa despidió disciplinariamente en el período ya citado a 78 trabajadores, pese a lo cual reconoció la improcedencia de 34 de estos despidos y obtuvo una sentencia, que declaró también la improcedencia del despido, por lo que la demandada superó con creces los umbrales exigidos para la promoción de un despido colectivo.

UNÍSONO SOLUCIONES CRM, SA (UNÍSONO desde ahora) se opuso a la demanda, destacando, en primer lugar, que despidió por causas objetivas a 32 trabajadores en el período de referencia, puesto que doña Mónica no fue despedida efectivamente, como demuestra los movimientos de altas y bajas en la TGSS.

Destacó, en segundo lugar, que el 1-02-2013 despidió por causas organizativas, después de la reorganización del departamento de turnos, a cinco trabajadores, previa recolocación de otros cuatro. - Señaló, por otra parte, que el 22-03-2013 despido por causas productivas a otros dieciséis trabajadores, debido a una reducción de llamadas en la plataforma de IBERDROLA del centro de trabajo de Valencia. - Subrayó finalmente que entre los días 1 y 7-03-2013 y 8 y 30-04-2013 despidió a otros once trabajadores con base a lo dispuesto en el art. 52.d ET .

Significó, por otra parte, que la empresa tiene 4700 trabajadores y que en el período de referencia extinguió los contratos siguientes: 32 por causas objetivas; 414 por fin de obra; 78 dimisiones; 52 por no superar el período de prueba; 20 excedencias; uno por agotamiento del período máximo de IT; uno por extinción del contrato en aplicación del art. 41 ET y 78 despidos disciplinarios, de los cuales 38 no han demandado siquiera.

Defendió, que no deben computarse los despidos, fundados en el art. 52.d ET , por cuanto están basados en motivos inherentes a los trabajadores, por lo que en el período de referencia solo se produjeron veintiún despidos por causas no imputables a los trabajadores, por lo que no era exigible promover ningún despido colectivo. - Mantuvo, a estos efectos, que la finalidad del despido colectivo es constatar la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sin que quepa discutir en dicho procedimiento si concurren o no las ausencias contempladas en el precepto reiterado.

Excepcionó finalmente caducidad de la acción, por cuanto el dies a quo del supuesto despido colectivo ha de situarse necesariamente en el 22-03-2013, que fue el día en el que se produjeron despidos por causas productivas, sin que quepa "elegir" el dies a quo por los trabajadores.

CGT se opuso a la excepción propuesta, por cuanto el dies a quo debe situarse necesariamente en la fecha del último despido por causas no imputables a los trabajadores, que se produjo el 30-04-2013.

Quinto . - De conformidad con lo dispuesto en el art. 85, 6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , se precisa que los hechos controvertidos y pacíficos fueron los siguientes:

1-En el período de 1/2/13 a 30/4/13 no hubo 33 despidos sino 32 despidos porque Mónica no fue despedida aunque sí fue anunciado su despido.

2-El 1/2/13 se despide a 5 trabajadores por el art. 52.c) por causas organizativas del departamento de turnos y se recolocó a 4 trabajadores.

3-Hubo despidos por absentismo motivado entre los días 1 y 7 de marzo 5 y entre los días 8 y 30 de abril 6, en total 11.

4-Se han producido 32 despidos objetivos, 414 por fin de contrato, 78 dimisiones, 52 no superación del período de prueba, 20 excedencias, 1 agotamiento de IT, 78 despidos disciplinarios, de los cuales 38 no han demandado.

Se consideran hechos pacíficos e incontrovertidos los siguientes:

1-El 22/3/13 se despidió a 16 trabajadores por causas productivas por reducción del volumen de actividad en la plataforma de Iberdrola en Valencia.

2-La empresa tiene 4700 trabajadores.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- UNÍSONO tiene una plantilla de 4700 trabajadores y regula sus relaciones laborales por el Convenio Colectivo del Sector de Contact Center, registrado y publicado mediante resolución de la DGE de 12-07-2012. - Dicha mercantil cuenta con centros de trabajo en varias comunidades autónomas.

SEGUNDO .- CGT acredita una representación del 33% en los centros de trabajo de la empresa demandada.

TERCERO .- El 1-02-2013 la empresa demandada notificó el despido a cinco trabajadores con base a causas organizativas, mediante cartas que obran en autos y se tienen por reproducidas.

En el período 1-02 a 23-03-2013 la empresa demandada notificó el despido con base a causas productivas a dieciséis trabajadores, mediante cartas que obran en autos y se tienen por reproducidas.

En los días 1, 5 y 7-03-2013 y 8 y 30-04-2013 notificó el despido con base a lo dispuesto en el art. 54.2.d ET a doce trabajadores. - El 5-03-2013 se notificó a los representantes de los trabajadores que se despedida el mismo día a doña Mónica con base al art. 52.d ET. - Dicha trabajadora fue dada de baja en la TGSS el 9-04-2013 y de alta en la misma fecha, sin que se sepa qué sucedió desde el 5-03 al 9-04-2013.

En el período 1-02 a 30-04-2013 la empresa extinguió 414 contratos de trabajo por finalización de la obra; se produjeron 78 bajas voluntarias; se extinguieron 52 contratos por no superación del período de prueba; se produjeron 20 excedencias; se produjo una extinción por agotamiento del plazo máximo de IT; una extinción a iniciativa del trabajador, a quien se aplicó el art. 41 ET y 78 despidos disciplinarios, que no fueron impugnados por 38 trabajadores. - La empresa reconoció, no obstante, la improcedencia de 34 de esos despidos y se declaró la improcedencia del despido mediante sentencia, cuya firmeza no se ha acreditado.

CUARTO .- El 31-05-2013 se interpuso demanda de impugnación de despido colectivo.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 124. 1 a 10 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO .- De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes:

a. - Los hechos primero, segundo y cuarto no fueron controvertidos, reputándose conformes, a tenor con lo dispuesto en el art. 87.1 LRJS.

b. - El segundo de los documentos 1 y a 17 de la empresa demandada (descripciones 36 y 38 a 52 de autos), que contienen las cartas de despido citadas y tienen pleno crédito para la Sala, aunque no fueran reconocidas globalmente por la demandante, por cuanto la falta de reconocimiento permite valorar libremente a la Sala la credibilidad de los documentos privados, a tenor con lo dispuesto en el art. 326.1 LEC, puesto que no fueron impugnados de contrario. - Por lo demás, dichos documentos se compadecen con el movimiento de altas y bajas en la TGSS, que obra como documento 2 de la demandada (descripción 37 de autos), que tiene pleno valor probatorio, a tenor con lo dispuesto en el art. 319 LEC, al tratarse de documento público, conforme prevé el art. 317.5 LEC. - Se afirma que la señora Mónica fue despedida el 5-03-2013, porque así se deduce de su carta de despido, que obra como documento 7 de CGT (descripción 2 de autos), que fue reconocida de



contrario. - Su alta y baja en la fecha indicada se deduce del certificado de la TGSS, que obra como documento 18 de la demandada (descripción 53 de autos), que tiene pleno valor probatorio, con arreglo a lo previsto en el art. 319 LEC, al tratarse de documento público, subrayándose que no consta qué sucedió en el interregno de 5-03-2013, fecha del despido y el 9-04-2013, fecha en la que se produjo una baja y alta simultánea, por cuanto la carga de la prueba de que continuó trabajando correspondía a la empresa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 317.3 LEC, sin que practicara prueba alguna al respecto. - Se declara probado que se reconoció en conciliación la improcedencia de 34 despidos disciplinarios y la declaración de improcedencia de uno de ellos mediante sentencia, porque se admitió así por el legal representante de la empresa en interrogatorio de partes, sin que dicha inclusión en los hechos probados provoque indefensión a la parte demandada, por cuanto se trata de un hecho nuevo, que no pudo conocerse por la demandante hasta la práctica de la prueba antes dicha, dado que no se le notificaron dichos despidos, como resalta en el hecho tercero de su demanda, que no fue contradicho de contrario, tratándose, por tanto, de un hecho pacífico. - Por lo demás, la demandante solicitó que se aportará información sobre todas las extinciones contractuales, producidas en el período de referencia en su solicitud de prueba, que fue aceptada por la Sala, lo cual nos permite descartar cualquier clase de indefensión para la empresa UNISONO.

TERCERO . - El art. 51.1 ET dice literalmente lo siguiente:

" 1. A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.*
- b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.*
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.*

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el art. 49.1.c) de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco.

Cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el art. 52.c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto".

En nuestra sentencia de 27-07-2012, rec.127/2012 dijimos lo siguiente:

"El art. 51.1 ET distingue entre dos modalidades de despido colectivo:

- a. - Despido colectivo de derecho, cuando el empresario, superado el umbral número para el despido colectivo, sigue el procedimiento regulado en el art. 51.2 ET .*
- b. - Despido colectivo de hecho, cuando no lo hace así, aunque haya despedido trabajadores por encima del umbral antes dicho por causas no imputables a los mismos".*

El art. 124.11 Ley 36/2011, en la versión vigente a 31-04-2013, decía textualmente lo siguiente:



"La sentencia se dictará dentro de los cinco días siguientes a la celebración del juicio y será recurrible en casación ordinaria.

Se declarará ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los arts. 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida.

La sentencia declarará no ajustada a Derecho la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva.

La sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el art. 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del art. 123 de esta Ley".

La jurisprudencia, por todas, STS 23-01-2013, rec. 1362/2012, ha defendido que dies ad quem, para el cómputo de los 90 días, es la fecha del último despido por motivos no inherentes a la persona del trabajador, que se constituye, a su vez, en dies a quo para el cómputo siguiente. - Por consiguiente, el plazo de caducidad para la impugnación del despido colectivo de hecho, cuando se base en que en un período de 90 días se han producido despidos por motivos no inherentes a la persona del trabajador, que superen de los umbrales del art. 51.1 ET, habrá de activarse a partir del día siguiente a la fecha del último despido de esa naturaleza.

Así pues, probado que el 31-04-2013 se despidieron a seis trabajadores con base a lo dispuesto en el art. 54.2.d ET, entendiéndose por la demandante, que dicha causa no puede subsumirse en los supuestos de motivos inherentes a la persona de los trabajadores y acreditado también que la demanda se interpuso el 31-05-2013, vigésimo día hábil desde la fecha del último despido, se hace evidente que la acción se interpuso dentro de los plazos exigidos por el art. 124.6 LRJS, por lo que desestimamos la excepción de caducidad alegada por la empresa demandada, con independencia de que el supuesto extintivo, regulado en el art. 52.d ET, constituya o no un motivo no inherente a la persona del trabajador, sobre lo que resolveremos más adelante.

CUARTO. - El art. 1. de la Directiva 98/59 prescribe que «se entenderá por "despidos colectivos" los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros ... para un período de 90 días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados ... A efectos del cálculo del número ... se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa de empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5... La presente Directiva no se aplicará ... a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos».

La jurisprudencia, por todas STS 8-07-2012, recud. 2341/2012, ha examinado la regulación comunitaria en relación con la regulación nacional, estableciendo los criterios siguientes:

"Ciertamente que la regulación estatal y la comunitaria parecen que divergen en el elemento causal -tras coincidir ambas en la exclusión de las extinciones atribuibles a los contratos temporales-, pues para la Directiva en el cómputo del posible despido colectivo se incluyen todas las extinciones contractuales «siempre que concurren determinados requisitos de índole cuantitativa/temporal» y «engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no pretendida por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento» [SSTJCE 2004/376, de 12/Octubre, asunto Comisión/Portugal, apartados 43 y 50; 2009/381, de 10/Diciembre, caso Rodríguez Mayor y otros, apartado 35], a excepción de los motivados por causas «inherentes a la persona»; en tanto que para el ET solamente se incluyen los ceses con ciertas causas [económicas, productivas u organizativas]. Como -ahora sí, efectivamente- divergen ambos órdenes normativos en la determinación del elemento numérico para el periodo de 90 días, pues para Directiva bastan 20 extinciones cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa [siquiera la indicación numérica vaya referida al «centro de trabajo», que no a la empresa en su conjunto], mientras que para el ET son precisos 30 ceses en empresas de 300 o más trabajadores.

Pero frente a estas diferencias han de hacerse tres observaciones: a) que aún a pesar de la dicción literal del art. 51 ET, que parece limitar los despidos colectivos a los basados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la primacía del Derecho comunitario influye en la interpretación de la normativa nacional [sin llegar a forzarla: SSTJCE 16/12/93, Asunto 334/92; 14/07/94, Asunto C - 91/92; y 04/07/06, Asunto C - 212/04. Y STS 24/06/09 -rcud 1542/08-], puesto que «el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer

todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del art. 189 del Tratado» -actual art. 249- [SSTJCE 13/11/90, asunto *Marleasing*, apartado 8 ... 11/09/07, asunto *Hendrix*; 24/06/08, Asunto *Commune Mesquer*; y 25/07/08, asunto *Janecek* ...] (STS 27/09/11 -rcud 4146/10 -); b) que -como adelantamos poco más arriba- «En virtud del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva [98/59], a efectos de la aplicación de ésta, se entenderá por "despidos colectivos" los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre que concurren determinados requisitos de índole cuantitativa/temporal», resultando indebida aplicación de las obligaciones comunitarias limitar «el concepto de despidos colectivos a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológica o coyuntural» y no ampliar «el citado concepto a los despidos por todas las razones no inherentes a la persona de los trabajadores» (STJCE 2004/376, de 12/Octubre, asunto *Comisión/Portugal*); y c) aparte de que los umbrales previstos en el art. 1 de la Directiva 98/59 constituyen «esas disposiciones mínimas que los Estados miembros únicamente podrán derogar mediante disposiciones más favorables para los trabajadores» [STJCE 2007/14, asunto *CGT* y otros, apartado 45], de todas formas en el caso de que tratamos se cumplen con holgura -como veremos- los umbrales numéricos previstos en el ET y la divergencia de éste con la Directiva 98/59 es irrelevante para la decisión del debate.

... Aunque la sentencia recurrida -a diferencia de la instancia- no haya insistido expresamente en ello, a pesar de todo implícitamente también mantiene que es a la empresa a quien corresponde decidir -aún mediando causa económica, productiva u organizativa- si procede a solicitar la extinción de los contratos por la vía del ERE que contempla art. 51 ET y con ello a una indemnización limitada [20 días por año de servicio], o por el contrario optar -legítimamente, se entiende- por basar el cese en cualquier otra alegación y abonar por ello -de no acreditarse la causa extintiva invocada- una superior indemnización [45 días por año de servicio]. Así se infiere del hecho de que considere que los contratos de los accionantes eran -efectivamente- fraudulentos, que su relación era -por tanto- indefinida y que además se habían superado el umbral numérico del art. 51 ET, a pesar de todo lo cual afirma que «sólo es colectivo el acuerdo extintivo empresarial en el que se aleguen causas objetivas», y que desde el momento en que la empresa había argumentado -como indicamos en el fundamento segundo, apartado 3- no causas económicas sino la finalización del objeto pactado, «falta uno de los requisitos necesarios para que entre en juego la obligatoriedad de la modalidad extintiva prevista en el art. 51» ET .

Discrepamos de este planteamiento, pues aunque sea innegable que la regulación del despido colectivo beneficia los intereses del empresario al limitar -respecto de los despidos ordinarios- el importe indemnizatorio a satisfacer por cada cese acordado, no lo es menos que el procedimiento prescrito en el art. 51 ET no solamente atiende a intereses públicos evidentes [minorar -en lo posible- la destrucción del tejido productivo], sino al concreto de los trabajadores afectados, como lo evidencian el objeto de las obligadas negociaciones del empresario con los representantes de los trabajadores [«evitar o reducir sus efectos ... medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados ... posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial»] y la necesidad de que la solicitud sea acompañada -en empresas de cincuenta o más trabajadores- de un «plan que contemple las medidas anteriormente señaladas» [art. 51.4 ET]. Finalidades que expresamente se declaran como el objetivo principal de la Directiva 98/59, que la jurisprudencia comunitaria define como «las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos» (SSTJUE 2009/381, de 10/Diciembre, *Caso Rodríguez Mayor* y otros, apartado 43; 2009/237, caso «*Mono Car Styling SA*», apartado 40), o en la referencia a que la Directiva «pretende reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos» (STJCE 204/376, caso *Comisión/Portugal*, de 12/Octubre, apartado 52; y 2006/235, caso *Agorastoudis* y otros, de 7/Septiembre, apartado 34). Y no hay que olvidar -con ello se justifica esta cita del Derecho Comunitario- que «la obligación de los Estados miembros de alcanzar el resultado que una directiva persigue para atenerse al artículo 249 CE, párrafo tercero, se impone a todas las autoridades nacionales, incluidas las autoridades jurisdiccionales. Estas autoridades, a las que corresponde interpretar y aplicar el Derecho nacional, están obligadas llevar a cabo tal labor, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha directiva para alcanzar el resultado que ésta persigue (SSTJCE 272/2004, de 5/Octubre, caso *Pfeiffer* y otros, apartado 113; y 2006/235, de 7/Septiembre, caso *Agorastoudis* y otros, apartado 43, precisamente en interpretación de la precedente Directiva 75/129/CEE, de 17/Febrero).

... De esta forma es claro que en los supuestos de posible concurrencia de causas que pudieran justificar el despido colectivo, el empresario no puede legítimamente optar -para extinguir un número de contrato de trabajo que alcancen los umbrales del art. 51.1 ET - entre seguir el oportuno ERE con extinción indemnizada de 20 días año/servicio o bien acudir al cese ordinario de los mismos trabajadores y abonar una indemnización de 45 días año/servicio, pues los plurales intereses en juego [empresariales; públicos; y de los concretos trabajadores afectados] le imponen preceptivamente que haya de seguir el cauce colectivo que contempla el citado art. 51 ET . Doctrina ésta que es absolutamente compatible con la tradicional de esta Sala, respecto de que «... para la existencia de un despido colectivo no basta, en forma alguna, con el hecho de que varios trabajadores hayan sido



despedidos al mismo tiempo, aunque el número de esos trabajadores supere, incluso con holgura, los topes que fija el art. 51-1 del ET, sino que además es absolutamente preciso que esos cese sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción» (SSTS 22/01/08 -rcud 4042/06 -; 22/02/06 -rcud 3315/06 -; 26/02/08 -rcud 672/06 -; 14/05/08 -rcud 3688/06 -; y 30/09/08 -rcud 4050/06 -). Y es compatible porque tales consideraciones se añadían a la observación de que en los supuestos entonces debatidos «no consta, en forma alguna, la concurrencia de ninguna de estas causas; ni siquiera aparece el más mínimo indicio de tal concurrencia». Así pues, el criterio expresado en el actual proceso no es sino mero complemento del referido en las sentencias que precedentemente se han indicado y cuya doctrina tan sólo resulta «clarificada» con la sentada en la presente resolución».

La misma Sala en STS 3-07-2012, recud. 1657/2011 sostuvo lo siguiente:

"El apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción aplicable por razones temporales, anterior a la reforma introducida por el RD Ley 3/2010 de 10 de febrero, establecía que "se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando en un periodo de 90 días, la extinción afecte al menos a ...", estableciendo el umbral numérico de trabajadores en relación con el número de trabajadores de la empresa.

El penúltimo párrafo del precitado apartado 1 disponía que "para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley, siempre que su número sea, al menos de cinco."

El artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores establece que "El contrato de trabajo se extinguirác) Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato".

En definitiva, la aplicación del artículo 51 requiere la concurrencia de tres elementos: El elemento numérico - número de trabajadores afectados-, el temporal -en un periodo de 90 días- y el causal -causas económicas, técnicas, organizativas o de producción".

Parece claro, por tanto, que nuestro alto Tribunal exige, como requisitos constitutivos para que la empresa esté obligada a promover despido colectivo, que se superen los umbrales del art. 51.1 ET en un período de 90 días y que concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en cuyo caso deberán computarse, además de los despidos producidos por dichas causas, cualesquiera otro que no esté basado en motivos inherentes a la persona del trabajador distinto de los previstos en el art. 49.1.c ET . - Si no se hiciera así, si se excluyera del cómputo a los trabajadores despedidos en el período de referencia por motivos no inherentes a su persona, salvo la excepción mencionada, no sería posible la integración, promovida por el Tribunal Supremo, entre su doctrina tradicional y la legislación comunitaria, que ya ha sido interpretada claramente por el TJCE en su sentencia de 12-10-2004 , vulnerándose, además, el art. 1 de la Directiva Comunitaria y el propio art. 51.1 ET .

Centrados los términos del debate, debemos despejar, a continuación, si la empresa demandada debió promover un despido colectivo, como defiende la demandante o, por el contrario, actuó debidamente, por cuanto no despidió más que a veintiún trabajadores por causas organizativas o productivas, siendo irrelevante, por consiguiente, que en el período de referencia despidiera a 12 trabajadores con base a lo dispuesto en el art. 54.2.d ET , puesto que dicha causa es inherente a la persona del trabajador y admitiera la improcedencia de la mitad de los 78 trabajadores despedidos disciplinariamente y se admitiera por sentencia, cuya firmeza no consta acreditada, la improcedencia de otro de los trabajadores despedidos.

La Sala considera acertada la tesis de la demandante, por cuanto se ha acreditado de modo contundente, nada menos que por la declaración del legal representante de la empresa, que en el período de referencia despidió disciplinariamente a 78 trabajadores, aunque admitió a continuación la improcedencia de los despidos de la mitad de los despedidos y se reconoció judicialmente la improcedencia de uno de los despidos. - Dicha actuación demuestra cumplidamente, a nuestro juicio, que dichos trabajadores fueron despedidos por motivos no inherentes a sus personas, al ser impensable que la empresa despidiera disciplinariamente en un período muy reducido de tiempo a tantos trabajadores para admitir, sin controversia acreditada, que la mayoría de dichos despidos eran improcedentes, puesto que dicha actuación acredita por sí misma la ausencia de causa disciplinaria, lo cual constituye un fuerte indicio de fraude de ley, por cuanto el reconocimiento de improcedencia permite presumir que los despidos disciplinarios encubrían su verdadera causa, que era económica, técnica, organizativa o de producción, de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.4 CC . - Queremos precisar aquí, que la Sala no pretende equiparar mecánicamente el reconocimiento de la improcedencia de un despido disciplinario con la concurrencia de fraude de ley, por cuanto dicha actuación empresarial puede deberse a una transacción legítima. - Sin embargo, cuando se despiden masivamente por



causas disciplinarias a trabajadores en un corto período de tiempo, se reconoce la improcedencia de la mitad de esos despidos y se declara judicialmente la improcedencia de otro, sin que se haya acreditado por la empresa que hubo una transacción efectiva con los trabajadores, a los que reconoció la improcedencia del despido, debemos concluir necesariamente que dichos despidos disciplinarios carecían de causa disciplinaria, por lo que no estaban causados en motivos inherentes a las personas de los trabajadores afectados.

Por consiguiente, probado que en el período 1-02 a 30-04-2013, además de los veintidós despidos por causas organizativas o productivas, la empresa despidió por causas no inherentes a las personas de los trabajadores a otros treinta y cinco trabajadores, se hace evidente que superó con creces los umbrales, requeridos por el art. 51.1 ET , para realizar un despido colectivo. - Por consiguiente, no habiéndose realizado el período de consultas, exigido por el art. 51.2 ET , procede declarar la nulidad del despido, a tenor con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS

Avala la tesis expuesta reiterada jurisprudencia y doctrina judicial, que viene defendiendo la exigencia de seguir el procedimiento de despido colectivo cuando se superan los umbrales del art. 51.1 ET , si se producen despidos por motivos no inherentes al trabajador, que deben adicionarse al número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, puesto que dicho precepto dispone que se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el art. 49.1.c) de esta Ley , siempre que su número sea, al menos, de cinco. - Por todas, STS 3 y 8-07-2012, recud. 1657/2011 y 2341/2012); STSJ Málaga 21-04 y 9-06-2005 , AS 2005\1342 y 3600 y STSJ Tenerife 7-06-2006, AS 2006\2105; SAN 27-07-2012, proce. 127/2012 , ROJ 3477/2012; STSJ Valladolid 23-01-2013, rec. 2382/2012 y 19-02-2013, rec. 83/2013 , donde se declaró la improcedencia y se mantuvo en suplicación, porque no cabe la reformatio in peius; STSJ Burgos 19-02-2013, rec. 83/2013 y STSJ Madrid 5-11-2012, rec. 4542/2012 .

QUINTO . - El art. 4 del Convenio 158 de la OIT prevé que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio.

El art. 52 ET , que regula la extinción del contrato por causas objetivas, dice lo siguiente:

"El contrato podrá extinguirse:

a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.

b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables. Previamente el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación.

c) Cuando concurra alguna de las causas previstas en el art. 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo.

Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado.

d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda. - Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave" .

Parece claro, por tanto, que los supuestos a); b) y d) del precepto transcrito se relacionan con la capacidad del trabajador, por cuanto por "capacidad" debe entenderse, conforme al Diccionario de la Real Academia de



la Lengua, la aptitud, el talento, así como la cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo. - Por el contrario, el apartado c) define la extinción debida al funcionamiento de la empresa.

La empresa demandada, apoyándose en STSJ de Cataluña de 2-02-2012, rec. 7177/2009 ; 21-06-2011, rec. 1530/2011 y 14-05-2012, rec. 1573/2012 y STSJ Madrid 8-03-2013, rec. 6621/2012 , defendió que la causa de extinción, regulada en el art. 52.d ET , es inherente a la persona del trabajador, por lo que no debe computarse de conformidad con lo dispuesto en el art. 51.1 ET . - Dicha tesis ha sido defendida de modo unánime por la doctrina científica (Martín Valverde; García Murcia; Camps; Cruz Villalón y Palomeque, entre otros) apoyándose en una interpretación lógica del precepto, por cuanto la ineptitud del trabajador, su incapacidad para adaptarse a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables y sus ausencias en los porcentajes citados se predicen necesariamente de la persona del trabajador.

El art. 51.1 ET dice textualmente lo siguiente:

*"Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo **cualesquiera** otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador **distintos** de los previstos en el art. 49.1.c) de esta Ley , siempre que su número sea, al menos, de cinco" .*

La expresión "motivos no inherentes a la persona del trabajador", recogida en el art. 51.1 ET , trae causa, como hemos señalado más arriba, en el art. 1 de la Directiva Comunitaria comentada, que ha sido interpretada de modo rotundo por STJCE 12-10-2004 , en cuyo fundamento 50 se dice expresamente lo siguiente:

"El citado precepto debe interpretarse en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no pretendida por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento. - Tal concepto no exige que las causas subyacentes correspondan a la voluntad del empresario" .

En el fundamento de derecho 60 se subraya que "...la extinción del contrato no está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva por el mero hecho de que dependa de unas circunstancias ajenas a la voluntad del empresario" .

Por otra parte, el párrafo quinto del art. 51.1 ET , reproducido más arriba, al referirse a otros motivos no inherentes a la persona del trabajador, precisa de modo poco afortunado que se tendrán en cuenta cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos a los previstos en el art. 49.1.c) de esta Ley , siempre que su número sea, al menos, de cinco. - Y es desafortunada, porque el supuesto extintivo, contemplado en el art. 49.1.c, no tiene relación alguna con la persona del trabajador, lo que nos lleva a concluir, que el legislador nacional pretende que se computen únicamente aquellas extinciones basadas en motivos no inherentes a la persona del trabajador, entendiéndose como tales aquellas extinciones que por su naturaleza no estén de tal manera unidas a algo, que no se pueda separar de ello, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

Si esto es así, como creemos, parece claro que las causas de extinción basadas en la capacidad del trabajador, como las reguladas en los apartados a), b) y d) del art. 52 ET , deberían considerarse inherentes a la persona del trabajador, porque todas ellas se predicen de su persona, aun cuando no se deban a su voluntad.

Ya hemos anticipado más arriba, que la doctrina comunitaria ha interpretado el art. 1 de la Directiva 1998/59/CE de modo diferente, entendiendo que el citado precepto debe interpretarse en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no pretendida por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento, lo que sucede necesariamente en los tres supuestos debatidos y de modo particular en el absentismo justificado, puesto que la enfermedad sobreviene al trabajador, sin que intervenga para nada su voluntad.

A nuestro juicio, esta interpretación no puede aplicarse mecánicamente a las extinciones contractuales basadas en la capacidad del trabajador, que son, por definición, inherentes, a la persona del trabajador. - Por lo demás, la sentencia del Tribunal comunitario no estudió de modo específico las extinciones basadas en la capacidad del trabajador, estudiando únicamente la trasposición de la Directiva Comunitaria en el ordenamiento portugués, por lo que debe aplicarse con cautela al supuesto debatido, como resalta en STJCE de 10-12-2009, proced. 323/2008, caso Ovidio Rodríguez Muñoz contra el Reino de España , donde el propio Tribunal precisa que su pronunciamiento en la sentencia de 12-10-2004 debe entenderse aplicable únicamente al supuesto allí debatido. - Por lo demás, la aplicación literal de la sentencia antes dicha conduciría a computar también los despidos disciplinarios procedentes, por cuanto ni son pretendidos por el trabajador, ni se producen con su consentimiento, lo que no parece ser la intención del legislador comunitario.



Por otra parte, como anticipamos más arriba, la jurisprudencia, por todas STS 3-07-2012, recud. 1657/2011 y 8-07-2012, recud. 2341/2012, con pleno conocimiento de la sentencia del TJCE de 12-10-2004 ha sintetizado los requisitos para el cómputo del número de trabajadores en los procedimientos de despido colectivo: *El elemento numérico -número de trabajadores afectados-, el temporal -en un periodo de 90 días- y el causal -causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.* - Dicha jurisprudencia descarta, por consiguiente, el cómputo de otras extinciones que, aun basadas en causas objetivas, sean inherentes a la persona del trabajador, como sucede con las extinciones basadas en su capacidad, aunque si serían computables otras que, no basándose en motivos inherentes a la persona del trabajador, como sucede con los despidos improcedentes, puedan asimilarse a las causas relacionadas con la situación de las empresas.

Así pues, aunque consideramos que no deben computarse los despidos, fundados en el art. 52.d) ET, mantenemos la nulidad del despido, por cuanto se ha demostrado, que la empresa demandada despidió en el período de referencia a cincuenta y seis trabajadores sin seguir el procedimiento previsto en el art. 51.2 ET, conforme a lo razonado en el fundamento de derecho precedente.

Sin costas por tratarse de conflicto colectivo y no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

En la demanda de impugnación de despido colectivo, promovida por CGT, desestimamos la excepción de caducidad de la acción alegada por la empresa demandada.

Estimamos la demanda de impugnación de despido colectivo y declaramos la nulidad de los despidos producidos en el período 1-02 a 30-04-2013, por lo que condenamos a la empresa UNISONO SOLUCIONES CRM, SA a estar y pasar por dicha nulidad, así como a readmitir a los trabajadores afectados en sus puestos de trabajo en los términos exigidos por los apartados 2 y 3 del art. 124 LRJS.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su abogado, graduado social colegiado o representante al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en Banesto, Sucursal de la calle Barquillo 49, con el nº 2419 0000 000240 13.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

8.10- Anexo X- Sentencia del Tribunal Supremo 5515/2014, de 18 de noviembre de 2014, ECLI: ES:TS:2014:5515. Ponente: José Manuel López García de la Serrana. Recurso: 65/2014. Id. Cendoj: 28079140012014100741.



Roj: STS 5515/2014 - ECLI: ES:TS:2014:5515

Id Cendoj: 28079140012014100741

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 18/11/2014

Nº de Recurso: 65/2014

Nº de Resolución:

Procedimiento: SOCIAL

Ponente: JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA

Tipo de Resolución: Sentencia

Resoluciones del caso: SAN 3650/2013,
STS 5515/2014

SENTENCIA

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

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de Casación interpuesto por el Letrado Don Antonio Bartolomé Martín, en nombre y representación de UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de septiembre de 2013, en actuaciones nº 240/2013 seguidas en virtud de demanda a instancia de la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO contra UNÍSONO SOLUCIONES CRM S.A., FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS CCOO, FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT, FEDERACIÓN DE BANCA, AHORRO, SEGUROS Y OFICINAS DE CIG, sobre DESPIDO COLECTIVO.

Han comparecido en concepto de recurrido CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJO (CGT) representado por la Letrada Doña Teresa Ramos Antuñano.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana**,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO se planteó demanda de DESPIDO COLECTIVO de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dictara sentencia por la que se declare, en Sentencia, la NULIDAD de la decisión empresarial de los despidos entre el 31 de enero hasta el 30 de abril de 2.013, realizados en el marco de un despido colectivo de hecho, condenando a la empresa a proceder a declarar la nulidad del despido colectivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124 de la LRJS .

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 4 de septiembre de 2013 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: "En la demanda de impugnación de despido colectivo, promovida por CGT, desestimamos la excepción de caducidad de la acción alegada por la empresa demandada. Estimamos la demanda de impugnación de despido colectivo y declaramos la nulidad de los despidos producidos en el período 1-02 a 30-04-2013, por lo que condenamos a la empresa UNISONO SOLUCIONES CRM, SA a estar y pasar por dicha nulidad, así como a readmitir a los trabajadores afectados en sus puestos de trabajo en los términos exigidos por los apartados 2 y 3 del art. 124 LRJS ".



CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: **1º.-** UNÍSONO tiene una plantilla de 4700 trabajadores y regula sus relaciones laborales por el Convenio Colectivo del Sector de Contact Center, registrado y publicado mediante resolución de la DGE de 12-07-2012. - Dicha mercantil cuenta con centros de trabajo en varias comunidades autónomas. **2º.-** CGT acredita una representación del 33% en los centros de trabajo de la empresa demandada. **3º.-** El 1-02-2013 la empresa demandada notificó el despido a cinco trabajadores con base a causas organizativas, mediante cartas que obran en autos y se tienen por reproducidas. En el período 1-02 a 23-03-2013 la empresa demandada notificó el despido con base a causas productivas a dieciséis trabajadores, mediante cartas que obran en autos y se tienen por reproducidas. En los días 1, 5 y 7-03-2013 y 8 y 30-04-2013 notificó el despido con base a lo dispuesto en el art. 54.2.d ET a doce trabajadores. - El 5-03-2013 se notificó a los representantes de los trabajadores que se despedida el mismo día a doña Nicolasa con base al art. 52.d ET. - Dicha trabajadora fue dada de baja en la TGSS el 9-04-2013 y de alta en la misma fecha, sin que se sepa qué sucedió desde el 5-03 al 9-04-2013. En el período 1-02 a 30-04-2013 la empresa extinguió 414 contratos de trabajo por finalización de la obra; se produjeron 78 bajas voluntarias; se extinguieron 52 contratos por no superación del período de prueba; se produjeron 20 excedencias; se produjo una extinción por agotamiento del plazo máximo de IT; una extinción a iniciativa del trabajador, a quien se aplicó el art. 41 ET y 78 despidos disciplinarios, que no fueron impugnados por 38 trabajadores.- La empresa reconoció, no obstante, la improcedencia de 34 de esos despidos y se declaró la improcedencia del despido mediante sentencia, cuya firmeza no se ha acreditado. **4º.-** El 31-05-2013 se interpuso demanda de impugnación de despido colectivo. Se han cumplido las previsiones legales."

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO, S.A..

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 IMPROCEDENTE el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo en el Pleno de la Sala el día 12 de noviembre de 2014, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia que en un proceso por despido colectivo, instado por el sindicato demandante, declaró la nulidad de los despidos producidos durante el período de 1 de febrero de 2013 a 30 de abril siguiente, con las consecuencias derivadas de esa declaración, al no haberse seguido los trámites previos que establece el art. 51 del E.T., se interpone el presente recurso que se articula en dos motivos. El primero reiterando la excepción de caducidad de la acción que, según la recurrente, debió estimarse. El segundo, subsidiario del anterior, encaminado a que se deje sin efecto la declaración de nulidad de los despidos que fueron declarados improcedentes por acuerdo de las partes o por resolución judicial, al no haber existido fraude de ley.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso alega la infracción del art. 59-3 del E.T. en relación con el art. 124-6 de la L.J. .S., al entender la recurrente que la demanda de despido colectivo, interpuesta contra los despidos individuales acordados por ella, habría sido presentada fuera del plazo de veinte días establecido para impugnar lo que la sentencia recurrida llama despido colectivo de hecho. Sostiene la recurrente que se deben computar las extinciones contractuales producidas durante los noventa días anteriores a la última extinción a tener en cuenta para la calificación del despido colectivo y que, por ende, el plazo de veinte días hábiles empezó a correr el 22 de marzo de 2013, fecha en la que se produjeron las últimas extinciones contractuales por causas objetivas, razón por la que la acción habría caducado cuando se presentó la demanda el 31 de mayo de 2012, sin que se pueda tener en cuenta para el cómputo de la caducidad el día 30 de abril de 2013 porque las extinciones acordadas ese día y posteriores al 22 de marzo de 2013 no son computables para calificar el despido como colectivo, al fundarse en art. 52-d) del E.T. (despido por absentismo).

TERCERO.- 1. Antes de examinar con detalle las alegaciones de la parte recurrente con respecto al primer motivo del recurso, conviene recordar la doctrina de esta Sala sobre la forma de determinar la existencia de despido colectivo cuando se produce por acumulación de despidos individuales. En este sentido, las sentencias de esta Sala de 23-4-12 (Rcud. 2724/2011) y 23-1-2013 (R. 1362/12) han señalado: "Ante la literalidad del precepto una primera aproximación nos muestra que el día del despido va a ser el día final del plazo (el "dies ad quem") para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial ("dies a quo") para el cómputo del período de los noventa días siguientes. Esta interpretación de un precepto que mejora los límites establecidos al respecto por el artículo 1 de la Directiva 98/59, de 20 de julio, del Consejo de las Comunidades Europeas, tiene su base en la literalidad de la norma: Si el despido es colectivo cuando sobrepasa determinados límites, es claro que el "dies ad quem" para el cómputo de los noventa días debe ser aquél en el que se acuerda la extinción contractual, por ser el día en el que se superan los límites que



condicionan la existencia del despido colectivo, figura que no existe, que no se da hasta que el número de extinciones supera los límites del cálculo matemático que establece la norma. Apoya esta solución el hecho de que el futuro no se conoce y de que es muy difícil que el legislador de pautas para presumir y sancionar lo que alguien hará o lo que piensa hacer. Por ello, se fija el "dies ad quem" coincidiendo con la fecha en que se acuerda la extinción, en la fecha en la que los hechos son ciertos y sin género de dudas se puede calificar si el despido es colectivo con arreglo a la ley y no con arreglo a un futuro incierto, pues la norma trata de generar seguridad jurídica y no incertidumbres."

"Abona esta respuesta el último párrafo del art. 51-1 del E.T. que, al decir "Cuando en periodos sucesivos de noventa días... la empresa realice extinciones...", nos indica que el cómputo debe hacerse por periodos "sucesivos" de noventa días, lo que supone que no cabe un cómputo variable (cambiable o movable) del periodo de noventa días, sino que debe fijarse un día concreto para determinar el día inicial y el final de cada periodo con la particularidad de que el día final de un periodo constituye el "dies a quo" para el cómputo del siguiente. Si ello es así, la solución no puede ser otra que la apuntada: el día en que se acuerda la extinción constituye el día final del cómputo del primer periodo de noventa días y el inicial del siguiente."

2. En segundo lugar debe tenerse presente la doctrina de esta Sala, establecida en sus sentencias de 25-11-2013 (R. 52/2013) y 26-11-2013 (R. 334/2013), sobre las extinciones contractuales computables a efectos de determinar la existencia de despido colectivo. En estas sentencias, cuando se trata de despidos disciplinarios declarados improcedentes por acuerdo entre las partes o por resolución judicial se dice: "Partiendo de estos preceptos, hay que concluir que tanto los despidos disciplinarios en los que se reconoció la improcedencia en transacciones judiciales o extrajudiciales, como los despidos objetivos en los que se firmaron finiquitos aceptando el efecto extintivo mediante acuerdos también de naturaleza transaccional, no se convierten en extinciones por mutuo acuerdo o en dimisiones, al margen de la intervención del empleador. Por el contrario, siguen siendo despidos, es decir, extinciones adoptadas "a iniciativa del empresario" y que se producen además "por motivos no inherentes a la persona del trabajador", pues no deriva de la persona del trabajador un despido para el que se alega una causa objetiva vinculada al interés empresarial, ni puede imputarse a la conducta personal del trabajador un despido disciplinario que se reconoce como improcedente. La transacción no altera la naturaleza del acto del despido, pues solo actúa poniendo fin al pleito provocado por esa decisión empresarial (art. 1809 del Código Civil). Por ello, no se ha infringido este precepto, ni el art. 1815 del mismo Código sobre el alcance del negocio transaccional y la disposición de derechos que en ella se establece."

"En este punto debe precisarse que la sentencia recurrida se limita a establecer la nulidad del despido colectivo, sin entrar, dada la naturaleza de este proceso, en una decisión sobre los efectos que los mencionados acuerdos puedan tener para los trabajadores afectados por los mismos, pues ésta es materia propia de un proceso individual. De ahí que tampoco haya infracción alguna de los artículos 1254 y 1255 del Código Civil, sobre la existencia y contenido del contrato."

"Por ello, si un despido disciplinario -en principio, vinculado a la conducta del trabajador, como ya se ha dicho- se declara improcedente y, pese a ello, el contrato se extingue, el cese no podrá ser excluido del cómputo a efectos del despido colectivo, como tampoco podrá serlo, la falsa alegación del vencimiento del término en un contrato que no es temporal. En consecuencia, los despidos disciplinarios que en el presente caso se reconocieron improcedentes son computables a efectos de los umbrales del art. 51.1 del ET y lo mismo ocurre con los despidos por causas objetivas para los que también se admitió su improcedencia y ello con independencia de lo que dispone el párrafo sexto del nº 1 del art. 51 ET."

3. De la anterior doctrina se desprende que los despidos disciplinarios, declarados improcedentes o consensuados como tales, son computables a los efectos del art. 51-1 del E.T., esto es para determinar la existencia de despido colectivo. Consecuentemente, procede desestimar el motivo del recurso examinado, por cuanto los despidos improcedentes decididos por la demandada son computables a efectos de la calificación de la existencia de despido colectivo, conforme al art. 51-1 del E.T., cual ha resuelto la sentencia recurrida y en el recurso acaba aceptando la empresa.

En efecto, aunque es cierto que los noventa días del periodo en el que se deben haber producido las extinciones contractuales computables para determinar la existencia de despido colectivo son los inmediatamente anteriores al último cese acordado por motivos no inherentes a la persona del trabajador, no lo es menos que si son computables las extinciones contractuales debidas a despidos improcedentes por acuerdo entre las partes o por decisión judicial. Esas extinciones, cual se argumentó antes, si son computables y, como no consta cuando se produjeron, ni cuando se acordó la rescisión indemnizada de esos contratos, debe confirmarse la sentencia recurrida en cuanto desestima la excepción de caducidad, aunque por razones diferentes a las que da, por cuanto así lo impone el principio constitucional de tutela judicial efectiva del que deriva el principio "pro actione", principio que impone la desestimación de la excepción de caducidad de la acción cuando no existe



constancia cierta del transcurso del plazo de caducidad, cual ocurre en el presente caso. En efecto, cual se dijo antes no consta cuando se acordaron los despidos que luego se estimaron improcedentes y esa falta de prueba perjudica a la recurrente porque sobre ella gravitaba la carga de probar ese hecho, conforme al art. 217 de la L.E.C., pues fue requerida al efecto y en sus archivos disponía de los datos que no se han aportado al proceso por ella, pese a lo fácil que le resultaba.

CUARTO.- El otro motivo del recurso alega la infracción de los artículos 51-1 del E.T., 124-11 de la L.J.S. y 6-4 del Código Civil, interpretados a la luz de la Directiva 1998/59/CE. Sostiene en esencia el motivo que, aunque los despidos disciplinarios producidos fuesen computables para determinar la necesidad de seguir los trámites del despido colectivo, la consecuencia de no haberse seguido esos trámites no acarrea la nulidad de los despidos declarados improcedentes, máxime cuando no es posible entender que la empresa acordase esos despidos en fraude de ley, fraude cuya existencia no alegó la parte demandante.

Pero el motivo no puede prosperar porque la razón de la nulidad acordada por la sentencia recurrida no se encuentra en el fraude de ley sino en el artículo 124-11 de la L.J.S. y en las sentencias del Pleno de esta Sala de 3 y 8 de julio de 2012 (Rcu. 1657/11 y 2341/11), cual muestran los dos últimos párrafos del fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida y el penúltimo del fundamento de derecho quinto. Es cierto que la sentencia habla de fraude de ley, pero, no lo es menos, que la "ratio decidendi" de la nulidad radica en el art. 124-11 de la L.J.S., norma que sanciona con la nulidad la decisión extintiva "cuando no se haya respetado el procedimiento establecido...", lo que ha sido reiterado por esta Sala, entre otras, por las sentencias que cita la recurrida.

Finalmente, sostiene la recurrente que el mandato legal de nulidad no es aplicable a los despidos improcedentes acordados por la empresa y consensuados posteriormente. Pero estas alegaciones no son acogibles porque la ley declara nulas todas las extinciones colectivas acordadas sin seguirse el procedimiento del art. 51-7, sin que la Ley distinga la causa de la misma, siempre que sean computables a efectos de determinar la existencia de un despido colectivo.

Escapa al objeto de este proceso determinar los efectos de esta sentencia sobre las transacciones judiciales producidas, pues ello dependerá del sujeto afectado y de las circunstancias del mismo, siendo de recordar aquí lo dispuesto en el art. 160-5 de la L.J.S. sobre los efectos de la sentencia firme que se dicta en este proceso, especialmente en aquellos procesos individuales que quedaran en suspenso. Con respecto a los ya concluidos cabrá en su caso recurso de revisión o podrá pedirse la nulidad de la transacción por vicios del consentimiento, según los casos y la voluntad de los afectados, pero esas situaciones concretas deben resolverse en procesos individuales y no en este colectivo.

CUARTO.- Los razonamientos anteriores obligan a desestimar el recurso en su integridad. Con expresa condena al pago de las costas causadas (art. 235-1 de la L.J.S.).

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por el Letrado Don Antonio Bartolomé Martín, en nombre y representación de UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de septiembre de 2013, en actuaciones nº 240/2013 seguidas en virtud de demanda a instancia de la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO contra UNÍSONO SOLUCIONES CRM S.A., FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS CCOO, FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT, FEDERACIÓN DE BANCA, AHORRO, SEGUROS Y OFICINAS DE CIG. Confirmamos la sentencia recurrida. Se condena a la recurrente al pago de las costas y se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal.

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. Fernando Salinas Molina 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. Antonio V. Sempere Navarro 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. **Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana** hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

**8.11- Anexo XI- STSJ GAL 5673/2017, de 18 de septiembre de 2017.ECLI:
ES:TSJGAL:2017:5673. Ponente: Rosa María Rodríguez Rodríguez. Num.
Recurso: 1161/2017. Num. Resolución: 4261/2017. Id Cendoj:
15030340012017104042**



Roj: STSJ GAL 5673/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:5673

Id Cendoj: **15030340012017104042**
Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**
Sede: **Coruña (A)**
Sección: **1**
Fecha: **18/09/2017**
Nº de Recurso: **1161/2017**
Nº de Resolución: **4261/2017**
Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**
Ponente: **ROSA MARIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 36038 44 4 2015 0000506

Equipo/usuario: MC

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001161 /2017 MCR

Procedimiento origen: IMPUGNACION DE ACTOS DE LA ADMINISTRACION 0000128 /2015

Sobre: RECARGO DE ACCIDENTE

RECURRENTE/S D/ña ACIRA METAL SL

ABOGADO/A: ALBERTO ROMERO PAZOS

PROCURADOR: MARIA SUSANA TOMAS ABAL

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Calixto

ABOGADO/A:

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMA. SRA. D. ROSA RODRIGUEZ RODRIGUEZ

ILMO. SR. D. EMILIO FERNANDEZ DE MATA

ILMA. SRA. D. PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

En A CORUÑA, a dieciocho de septiembre de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE



EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0001161 /2017, formalizado por el/la letrado D/D^a ALBERTO ROMERO PAZOS, en nombre y representación de ACIRA METAL SL, contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 4 de PONTEVEDRA en el procedimiento IMPUGNACION DE ACTOS DE LA ADMINISTRACION 0000128 /2015, seguidos a instancia de ACIRA METAL SL frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL , Calixto , siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a ROSA RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a ACIRA METAL SL presentó demanda contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL , Calixto , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha veintiuno de septiembre de dos mil dieciséis

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

PRIMERO.-D. Calixto venía prestaba servicios en la empresa Acira Metal, S.L, como soldador; empresa que estaba efectuando las obras de construcción del centro comercial, Abella de las que era promotora la empresa Inversiones Abuín 2 SL, que contrató la obra con la empresa demandante según contrato de 4 de Noviembre de 2013.

El día 19 de diciembre de 2013, y concretamente cuando estaban efectuando la ejecución de las obras de una multisala de cine, como ampliación del contrato anterior, se produjo un accidente de trabajo consistente en caída de una pantalla de cine que tanto el trabajador accidentado como los otros. - implicados en el proceso intentaban, al observar que había sido mal colocada, intentaban recolocar adecuadamente , sujetando la misma con una cuerda a una cesta de una plataforma desde la que trabajaban D. Calixto , que resultó con heridas graves, y D. Hilario que no resultó lesionado.

SEGUNDO.- Por el Instituto Galego de Seguridad y Salud **Laboral** se emitió informe del accidente en fecha 11 de abril de 2014, en el que se describe las condiciones del lugar de trabajo y trabajo realizado del siguiente modo:

6. -DESCRIPCIÓN DE LAS CONDICIONES DEL LUGAR DE TRABAJO:

El accidente ocurrió en las obras de construcción del Centro Comercial Abella, situado en la c/ Orquídea n°22 Lugo, concretamente en una de las salas de cine.

El promotor de la obra es la empresa Inversiones Abuín 2 S.L. con C.I.F. n° B-63.315.568, y domiciliada en Avda. Meridiana 350, 4°B, Barcelona.

Acira Metal S.L. contrató con el promotor la ejecución de la estructura metálica de las pantallas de proyección, que tienen forma de marco y con medidas exteriores de 13,00 m de largo y 5,60 m de alto.

Esta estructura está construida con tubo de acero (fotos 1 a8), de 50 mm de diámetro exterior y 2 mm de espesor (Se adjunta también plano de la pantalla). Se fabrica en taller y llega a la obra desmontada para ser construida como un mecano (foto n°8).

Teniendo en cuenta que el peso de este tubo es de 2,37 kg por metro lineal, que la longitud aproximada de tubo es de 102 m, resulta un peso total del marco metálico, también aproximado de 240 kg.

Sobre el muro frontal de la sala de cine van empotradas unas ménsulas, también metálicas, de longitud aproximada 60 cm, montándose el armazón de la pantalla en la cabeza de las ménsulas porque entre la pantalla y el muro frontal van colocadas unas plataformas de circulación, en cuatro niveles diferentes para el posterior mantenimiento de la pantalla, limpiezas, iluminación, etc.

Las ménsulas de la fila superior, en las cabezas, tiene un perfil en forma de U para recoger la pantalla (ver croquis) y evitar la caída.



La plataforma elevadora fue alquilada a la empresa Grúas Estación S.L., es del tipo tijera, marca Genie, modelo GS3232, y dispone de marcado CE, que el acredita el cumplimiento de los requisitos esenciales de seguridad y salud. Dispone también de registro con el historial de inspecciones y reparaciones.

La empresa tiene organizada la actividad preventiva con el servicio de **prevención** ajeno Norprevención, y para la ejecución de estos trabajos elaboró un plan de seguridad y salud que fue aprobado por la coordinadora de seguridad y salud durante la ejecución de la obra.

Consta que el accidentado ha recibido diversos cursos de formación en materia de **prevención de riesgos laborales** y que la han sido facilitados diversos equipo de protección individual.

7.- DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO QUE REALIZA:

Una vez terminado el montaje del armazón metálico sobre las ménsulas comprobación que éste no quedaba centrado en la sala, sino que se hallaba desplazado hacia un lado, porque el ancho del local era inferior al indicado en los planos.

Habiéndose producido el error porque midieron la distancia únicamente en un borde, y para el montaje del armazón en las salas siguientes ya hicieron del replanteo hallando el punto medio de la pared, y midiendo a partir de aquí y hacia ambos lados la mitad de la pantalla.

Trataron entonces de centrar el armazón y para ello utilizaron una plataforma elevadora de personas. Se subió a ella el accidentado y su compañero de trabajo D. Hilarío , elevando la cesta hasta una altura de 4,50 m y ataron con una cuerda el armazón a la propia cesta, para que en caso de salirse de la ménsula, la pantalla fuese sujeta por la propia cesta para evitar la caída.

El compañero D. Nicolas , desde abajo, con una palanca levantada la pantalla y los trabajadores de la cesta ayudaban en el movimiento y centrado de la citada pantalla.

8.- DESCRIPCIÓN DEL ACCIDENTE:

Cuando realizaban el trabajo descrito en el apartado anterior, al elevar el armazón se soltó de las ménsulas y volcó sobre la plataforma elevadora, arrastrando en su caída a la citada plataforma al estar atada al armazón con la cuerda. Finalmente la cesta cayó sobre el graderío del cine que todavía se encontraba sin butacas.

A raíz de la caída del accidentado sufrió fracturas importantes y su compañero resultó ileso, sin llegar a causar baja **laboral** .

Recogiendo como causas del accidente las siguientes:

El accidente ocurrió por una planificación inadecuada del trabajo a realizar, que también vino precedido de un error previo, porque las dimensiones de la sala, en la realidad, son inferiores a las indicadas en el proyecto y que obligó a realizar el centrado de la pantalla después de haber sido montada.

No se sujetó de forma adecuada la pantalla para evitar la caída durante las maniobras de desplazamiento y centrado. Para evitar la caída disponía únicamente de una pieza en forma de

U en la ménsula superior, pero que fue insuficiente, porque una vez que se sale de ella es muy grande el **riesgo** de caída de toda la pantalla.

No fue acertada la decisión de atar la pantalla a la propia cesta en que se hallaban los accidentados, porque la plataforma elevadora no está pensada para estos trabajos, tiene una estabilidad limitada y en caso de salirse la pantalla de la ménsula de apoyo, se cae sobre la cesta y provoca su caída y la de los trabajadores.

Teniendo en cuenta el volumen y magnitud de la pantalla, su peso, los medios auxiliares de que se disponía, la inestabilidad de la pantalla, etc.; los trabajos deberían realizarse bajo la dirección de un encargado o persona competente, según establece el apartado 11.4, parte C, anexo IV del R.D. 162711997.

Considerando las características de la pantalla en cuento a su peso, las previsibles necesidades de conservación, ajuste, mantenimiento, etc. aunque ya dispone de pasarelas de circulación, se podrían colocar en el techo unos ganchos de fijación, que permitan colgar la pantalla de forma segura, con un polipasto o medio auxiliar similar, para realizar de forma segura todos los trabajos necesarios de montaje, desmontaje, pintado, conservación, etc., de forma similar a como se hace con los ascensores donde se dejan previstos en el techo los ganchos necesarios para el montaje y demás trabajos necesarios. y siempre será más fácil mover la pantalla de esta forma, que utilizando una palanca porque tampoco existe una superficie o suelo desde donde resulte fácil trabajar con la citada palanca. El plan de seguridad y salud de la obra nada dice sobre este apartado .

Y disponiendo como medidas a adoptar las siguientes:



Conforme a lo indicado en el apartado anterior:

- Las estructuras metálicas o de hormigón y sus elementos, los encofrados, las piezas prefabricadas pesadas o soportes temporales y los apuntalamientos sólo se podrán montar o desmontar bajo vigilancia, control y dirección de una persona competente.
- Los encofrados, los soportes temporales y los apuntalamientos deberá proyectarse, calcularse, montarse y mantenerse de manera que puedan soportar sin **riesgo** las cargas a que sean sometidos.
- Deberá adoptarse las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra los peligros derivados de la fragilidad o inestabilidad temporal de la obra.

TERCERO.-Como consecuencia del accidente referido se levantó acta de Infracción por la inspección de Trabajo; acta de 12 de Junio de 2014 se aprecian las siguientes infracciones: 1º Los equipos de trabajo no serán utilizados en operaciones distintas que para las que fueron creados; en concreto la plataforma elevadora es un equipo de posicionamiento; y ha sido utilizado para sujeción de material. Así mismo, en el Plan de Seguridad y Salud de la Obra, en el Punto 6.1: Plataforma Elevadoras Móviles de Personal ; en las Medidas Preventivas - Durante la Maniobra , se especifica: No se sujetará la plataforma a estructuras fijas .

Ello supone infracción a lo establecido en el art.3.4 y el Apartado 1.3 del ANEXO II del RD 1215/1997, de 18 de julio , que establece las Disposiciones Mínimas de Seguridad y Salud para la Utilización por los Trabajadores de los Equipos de Trabajo (BOE del 7 de agosto).

La infracción se califica como grave, de acuerdo con lo establecido en el art. 12.16.b del RD Legis . 512000, de 4 de agosto; que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE DEL 8).

Se aprecia en grado medio, teniendo en cuenta los daños producidos; de acuerdo con lo establecido en el art. 39 del RD Legis . 512000, citado anteriormente.

Se propone la sanción de 20.000 euros, de acuerdo con el art. 40 del RD Legis. 5/2000 , citado anteriormente.

2 Una vez comprobado que la pantalla no está centrada se toma la decisión de colocarla en la forma descrita anteriormente; no estando recogida esta actividad en la procedimiento de trabajo aportado por la empresa, ni en el Plan de Seguridad y Salud de la Obra ; y no estableciéndose otro que no suponga **riesgos** para la seguridad y salud de los trabajadores.

Ello supone infracción a lo establecido en el art. 16.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de **prevención de Riesgos Laborales** (BOE DEL 10), modificada por la Ley 5412003, de 12 de diciembre.

Así mismo se infringe el art.7 del RD 1627/1997, de 24 de octubre , por el que se establecen las Disposiciones Mínimas de Seguridad y Salud en las Obras de Construcción (BOE del 25).

Se califica como grave, de acuerdo con lo establecido en el art. 12.23.a) del RD Legis. 5/2000, de 4 de agosto , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE del 8).

Se aprecia en grado medio, teniendo en cuenta el daño producido, de acuerdo con lo establecido en el art.39 del RD Legis. 5/2000 citado anteriormente.

Se propone la sanción de 15.000 euros, de acuerdo con lo establecido en el art.40 del RD Legis. 5/2000 , citado anteriormente .

CUARTO.- Iniciado expediente de recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo por el accidente acaecido el día 19 de diciembre de 2013 a instancia de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, el EVI emitió dictamen propuesta en fecha 30 de octubre de 2014; dictamen en el que consta: Hechos determinantes como causa principal del accidente:

El accidente se produce durante el montaje de la estructura metálica que sujeta la pantalla de proyección en las salas de cine del Centro Comercial Abella en Lugo. La estructura está construida con tubos de acero (50 mm, 2 mm y 2,37 kg) que se van ensamblando en el sitio resultando un peso total de 240 kg. Sobre el muro frontal de la sala de cine van empotradas unas ménsulas (60 cm de largo), montándose el armazón de la pantalla en la cabeza de las ménsulas. Una vez terminado el montaje del armazón metálico sobre las ménsulas, comprobaron que éste no quedaba centrado en la sala. Al tratar de centrar el armazón utilizando una plataforma elevadora de personas ataron con una cuerda el armazón a la propia cesta, mientras otro trabajador con una palanca levanta la pantalla. Al elevar el armazón se soltó de las ménsulas y volcó sobre la plataforma elevadora, arrastrando en su caída al accidentado 1) desde una altura de 4,5 m. cayendo sobre el graderío del cine.



Analizadas las actuaciones practicadas y las alegaciones presentadas, se deduce la relación causa-efecto existente entre la omisión de las medidas de seguridad exigidas y el accidente acaecido, en base a la causa determinante en la producción del accidente es que al surgir el problema indicado se adopta una solución inadecuada, sin seguir el procedimiento adecuado de trabajo. No se sujetó de forma adecuada la pantalla y no fue acertado sujetar la misma a la plataforma elevadora que no está fabricada para realizar esos trabajos.

Este Equipo de Valoración de Incapacidades, propone a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social:

40%- DE RECARGO POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO...

En fecha 18-11-14 se dictó resolución por el INSS declarando la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por el trabajador Calixto declarando la procedencia de que las prestaciones de Seguridad social derivadas del accidente de trabajo citado sean incrementadas en un 40% con cargo a la empresa ACIRA METAL; resolución frente a la que a la demandante interpuso reclamación administrativa previa que fue desestimada mediante resolución de fecha 19 de enero de 2015.

El referido accidente generó prestaciones económicas de incapacidad temporal (16.220,53 euros), y de incapacidad permanente total para la profesión habitual con efectos de 112- 1015 y base reguladora de 1.552,17 euros; por el INSS se dictó resolución en fecha 19-2-15 declarando la procedencia del 40% de incremento respecto a la prestación de incapacidad Permanente total derivada de accidente de trabajo. Concretamente en fecha 13-2-15 se dictó por el INSS resolución declarando al trabajador en situación de incapacidad permanente total para su trabajo habitual con fecha de efectos del 2-2-15.

QUINTO- En fecha 4 de Abril de 2016 se dictó por el juzgado de Instrucción nº 3 de Lugo, que conocía de las Diligencias Previas seguidas por el accidente de trabajo sufrido por D. Calixto , Auto de Sobreseimiento libre, reputando falta el hecho que dio lugar a la formación de la causa.

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

Desestimo las demandas interpuestas por Acira Metal, S.L. frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TGSS, frente a D. Calixto , y absuelvo a los demandados de las pretensiones ejercitadas en su contra.

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

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 10/3/17.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 18/9/17 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1-La sentencia de instancia desestima la demanda de la empresa Acira Metal SL a la que le había sido impuesto el recargo del 40% por falta de medidas de seguridad, por entender que las infracciones cometidas fueron la causa del resultado producido (Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual del trabajador accidentado Calixto).

Frente a ella la empresa demandante interpone recurso de suplicación y al amparo del art. 193 c) de la Ley de la Jurisdicción Social pretende su revocación y la estimación de la demanda denunciando como infringido el artículo 123.1 de la Ley General de la Seguridad Social (actual 164.1 Real Decreto Legislativo 8/2015 de 3 de octubre que recoge el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social) alegando en esencia que es requisito para la imposición del recargo que no se hayan observado las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, que se necesita voluntad infractora, no solo infracción y la empresa no puede ser responsable de algo que no puede evitar, y además que tenía plan general de seguridad y el Fiscal en las diligencias previas 25/2014 intereso su archivo.

La denuncia no se admite porque son hechos probados que: Calixto venía prestaba servicios en la empresa Acira Metal, S.L, como soldador; empresa que estaba efectuando las obras de construcción del centro comercial, Abella de las que era promotora la empresa Inversiones Abuín 2 SL, que contrató la obra con la empresa demandante según contrato de 4 de Noviembre de 2013.

El día 19 de diciembre de 2013, y concretamente cuando estaban efectuando la ejecución de las obras de una multisala de cine, como ampliación del contrato anterior, se produjo un accidente de trabajo consistente en

caída de una pantalla de cine que tanto el trabajador accidentado como los otros, - implicados en el proceso intentaban, al observar que había sido mal colocada, intentaban recolocar adecuadamente, sujetando la misma con una cuerda a una cesta de una plataforma desde la que trabajaban D. Calixto, que resultó con heridas graves, y D. Hilario que no resultó lesionado. Iniciado expediente de recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo por el accidente acaecido el día 19 de diciembre de 2013 a instancia de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, el EVI emitió dictamen propuesta en fecha 30 de octubre de 2014; dictamen en el que consta: Hechos determinantes como causa principal del accidente:

El accidente se produce durante el montaje de la estructura metálica que sujeta la pantalla de proyección en las salas de cine del Centro Comercial Abella en Lugo. La estructura está construida con tubos de acero (50 mm, 2 mm y 2,37 kg) que se van ensamblando en el sitio resultando un peso total de 240 kg. Sobre el muro frontal de la sala de cine van empotradas unas ménsulas (60 cm de largo), montándose el armazón de la pantalla en la cabeza de las ménsulas. Una vez terminado el montaje del armazón metálico sobre las ménsulas, comprobaron que éste no quedaba centrado en la sala. Al tratar de centrar el armazón utilizando una plataforma elevadora de personas ataron con una cuerda el armazón a la propia cesta, mientras otro trabajador con una palanca levanta la pantalla. Al elevar el armazón se soltó de las ménsulas y volcó sobre la plataforma elevadora, arrastrando en su caída al accidentado 1) desde una altura de 4,5 m. cayendo sobre el graderío del cine.

Y para la imposición del recargo por falta de medidas de seguridad el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social denunciado, preceptúa que procederá la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones de seguridad social cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos e instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

Y este concepto de responsabilidad por el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de **prevención de riesgos laborales** se reafirma en el artículo 42 de la ley 31/1995, de 8 de noviembre de **Prevención de Riesgos Laborales** (LPRL), cuyo ordinal 3 se refiere específicamente al recargo de prestaciones. Especifica también la misma ley en su artículo 14.2, que en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo... En el apartado 4 del artículo 15 señala que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador. Finalmente, el artículo 17.1 establece que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores.

Semejantes prescripciones en esta materia de seguridad aparecen recogidas en el artículo 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 22 de junio de 1981, que impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, la obligación de garantizar que los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen **riesgo** alguno para la salud y seguridad de los trabajadores.

Además es de significar, que el mandato constitucional, contenido en el artículo 40.2 de la Constitución, obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo; y que las Directivas europeas relativas a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, entre las que se encuentra, como más significativa la 89/391 CEE, así como los compromisos internacionales del Estado Español, figuran en el preámbulo de la repetida ley 31/1995, de 8 de noviembre, de **Prevención de Riesgos Laborales** como factores determinantes para la publicación de dicha ley cuyo objeto (art. 5) es la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigido a elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo.

A la luz de estos preceptos reiterada doctrina jurisprudencial (por todas STS de 2 de octubre de 2000) viene exigiendo, como alega el recurrente, como requisitos determinantes de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes: a) que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador (STS 26 de marzo de 1999), b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado (STS 6 de mayo de 1998).

De donde resulta, no como alega el recurrente, que se necesite una voluntad infractora que en el caso de autos no ha existido, sino simplemente que no se hayan observado las medidas de seguridad e higiene generales o particulares, y en el caso de autos las medidas no se han observado y ha habido infracción y así consta en el hecho probado tercero que ...Los equipos de trabajo no serán utilizados en operaciones distintas que para las que fueron creados; en concreto la plataforma elevadora es un equipo de posicionamiento; y ha sido utilizado para sujeción de material. Así mismo, en el Plan de Seguridad y Salud de la Obra, en el Punto 6.1: Plataforma Elevadoras Móviles de Personal ; en, las Medidas Preventivas - Durante la Maniobra , se especifica: No se sujetará la plataforma a estructuras fijas .

Y ello supone infracción a lo establecido en el art. 3.4 y el Apartado 1.3 del ANEXO II del RD 1215/1997, de 18 de julio , que establece las Disposiciones Mínimas de Seguridad y Salud para la Utilización por los Trabajadores de los Equipos de Trabajo (BOE del 7 de agosto).

Además una vez comprobado que la pantalla no está centrada se toma la decisión de colocarla en la forma descrita anteriormente; no estando recogida esta actividad en la procedimiento de trabajo aportado por la empresa, ni en el Plan de Seguridad y Salud de la Obra ; y no estableciéndose otro que no suponga **riesgos** para la seguridad y salud de los trabajadores.

Por lo que supone infracción a lo establecido en el art. 16.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de **prevención de Riesgos Laborales** , modificada por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre.

Es cierto que había plan general de seguridad en la obra que se estaba realizando, en el que se especificaba que no se sujetará la plataforma a estructuras fijas, y en el caso de que la plataforma se enganche, no se intentará liberarla, sino que se pedirá ayuda a personal especializado... pero no se respetó y es al empresario al que corresponde vigilar que los trabajos se realicen conforme a los planes de seguridad previstos y así la sentencia recurrida mantiene que esa forma de hacer el trabajo y la decisión adoptada, no se hubiera producido de haber estado presente la persona encargada de dirigirlos.

Y los testigos no avalan la pretensión del recurrente, no solo porque en los hechos probados no consta nada, sino porque en la propia fundamentación jurídica la juez de instancia hace constar que... los testigos describieron el accidente de trabajo como lo habían hecho sin aportar ningún elemento nuevo que exculpara a la empleadora.

Por ello (...) del juego de los preceptos antes descritos (sentencia de 8 de octubre de 2001 (Rec. 4403/2000) : artículos 14.2 , 15.4 y 17.1 L.P.R.L .) se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones. .

Todo lo que se ha razonado hasta ahora lleva a la conclusión, coincidente con la sentencia recurrida, de que en el presente supuesto concurre la necesaria relación de causalidad entre la infracción imputable a la empresa y el daño producido, tal y como se desprende del artículo 123.1 LGSS , porque los incumplimientos imputables al empleador fueron determinantes en la producción del daño; pues de haberse supervisado debidamente la realización del trabajo se hubieran impuesto otros métodos, porque se situaron los trabajadores en una situación de peligro innecesaria y a una altura en la que la falta de estabilidad y seguridad imponía un **riesgo** sobreañadido; porque además aunque existía plan de **prevención** y el trabajador recibió formación en materia de **riesgos** lo cierto, y así lo constata el acta de la inspección, es que el método de trabajo era del todo contrario a la normativa mínima de seguridad.

Porque la propia normativa **laboral** parte de la diferente posición del trabajador frente al empresario en esta materia, pues no es el trabajador quien debe organizar el trabajo sino que se atribuye al empresario la dirección y control de la actividad **laboral** (art. 20 ET), imponiendo a éste el cumplimiento del deber de protección mediante el que deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, e incluso, aunque concierte con entidades especializadas en **prevención** complementaria, ello no le exime del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona (art. 14.2 y 4 LPRL) y, en suma que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador (art. 15.4 LPRL).

Es el empresario el que tiene la posición de garante (empresario garante) del cumplimiento de las normas de **prevención** (arts. 19.1 ET y 14 LPRL). El trabajador tiene también sus obligaciones, pero más matizadas

y menos enérgicas: debe observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad (art. 19.2 ET), pero según sus posibilidades , como dice expresamente el art. 29.1 LPRL . Tiene que utilizar correctamente los medios de protección proporcionados por el empresario, pero el trabajador no tiene la obligación de aportar estos medios, ni de organizar la prestación de trabajo de una manera adecuada, por lo que no supervisada ni impuesta una forma de actuación sin **riesgo**, como lo acredita la habitualidad, supone una conducta permisiva en una actuación de **riesgo** que comporta las infracciones imputadas y ya reseñadas, y por lo mismo el recargo impuesto.

Y por ultimo y respecto a la alegación de que en las Diligencia previas el fiscal interesó el archivo de las actuaciones, nada influye en este procedimiento de recargo por falta de medidas de seguridad porque es evidente que el principio de supremacía del orden penal (Art.133 Ley 30/1992 Legislación citada ; art. 3.1 LISOSLegislación citada) se basa en la imposibilidad de imponer una doble sanción por los mismos hechos. Pero esa articulación procedimental del non bis in idem se orienta a impedir el resultado de la doble incriminación y castigo a un mismo sujeto por unos mismos hechos; y en el caso de autos los hechos no serán constitutivos de ilícito penal pero si dan lugar a la aplicaron del 123 de la Ley General de la Seguridad Social.

Desprendiéndose de todo ello que la sentencia recurrida es plenamente acorde con el ordenamiento jurídico y en consecuencia no vulnera la normativa que por la parte recurrente se invoca, por lo que procede previa desestimación del recurso dictar un pronunciamiento confirmatorio del impugnado; en consecuencia,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por ACIRA METAL S.L. contra la sentencia de fecha 21-9-2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Pontevedra en el Procedimiento nº 128-2015 sobre recargo por falta de medidas de seguridad, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de este T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 euros en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo Observaciones ó Concepto de la transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.