

TSJ Cantabria 12-12-06, Rec 999/06

JUBILACIÓN

Ponente: JESUS MARIA MARTIN MORILLO

SENTENCIA: 01153/2006

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de

Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen han dictado la siguiente

SENTENCIA

En Santander a doce de diciembre de dos mil seis.

En el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y otro contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº cinco de Santander, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús M^º Martín Morillo, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por D. Gabino , sobre Seguridad Social, siendo demandados el Instituto Nacional de la Seguridad Social y otros , y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 21 de julio de 2006 , en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- Que como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- D. Gabino nacido el día 19-5-41, presta servicios para la empresa Willis Iberia Correduría de Seguros y Reaseguos S.A. desde el día 28-3-01, teniendo reconocida la categoría profesional de Subgrupo IIA.

2º.- El día 26-12-05 el actor solicitó la pensión de jubilación especial a partir de los 60 años al haber reducido en fecha 25-12-05 su jornada en un 50%, y haber sido ocupado ésta por el trabajador relevista D. Ángel Daniel -hijo del actor- .

3º.- En fecha 12-1-06 el INSS denegó la prestación de jubilación mediante la siguiente resolución:

" Hechos Primero.- El solicitante, nacido el 19-5-41

presenta solicitud de jubilación especial a partir de los 60 años el 26-12-05, por cese el 26-12-05 en la empresa WILLIS IBERIA, C. C. C. 39/1.009.972-62. SEGUNDO. - El trabajador relevista es D. Ángel Daniel . El mismo ha trabajado hasta el mes anterior en la misma empresa, con un contrato de trabajo fijo e indefinido. En el momento de la jubilación parcial que se solicita es demandante de empleo. TERCERO. - Por tanto, no hay contratación de un verdadero relevista que sea desempleado.

Fundamentos de Derecho

I.- No se puede considerar como desempleado, a efectos de su contratación como relevista, el trabajador que un periodo anterior a su contratación como tal, ha prestado servicios en la misma empresa, mediante un contrato por tiempo indefinido.

II.- Lo anterior queda reforzado con la disposición adicional cuadragésima séptima de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre , de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005, (BOE del 28), cuyo apartado cinco c) establece que (en

este supuesto las bonificaciones) no se aplicarán a las contrataciones realizadas con trabajadores que en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación hubiesen prestado servicios en la misma empresa, mediante un contrato por tiempo indefinido.

III.- El artículo 10 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre , por el que se regula la Seguridad social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, (BOE de 27 de noviembre) que establece que la empresa deberá concertar simultáneamente un contrato de relevo con un trabajador en situación de desempleo. Esta si tuación "realmente" no se da desde el momento en que el relevista ha pertenecido, hasta fechas recientes a la misma empresa " .

4º.- Presentada la correspondiente reclamación previa, la misma fue desestimada indicando:

"PRIMERO. - Con 64 años de edad solicitó el 26-12-05 la citada prestación, al haber cesado el 25- 12-05 en su jornada de trabajo a tiempo completo en la empresa Willis Iberia y pasar desde el 26- 12-05 a realizar dicha jornada con una reducción del 50,00%. SEGUNDO.- Se denegó la prestación por no considerar desempleado al relevista D. Ángel Daniel , pues en los veinticuatro meses anteriores a su contratación como tal, ha prestado servicios en la misma empresa con un contrato por tiempo indefinido, desde 15-3-04 hasta 2-11-05. TERCERO.- Para las normas de fomento de empleo estos trabajadores no son desempleados, aunque ésta sea formalmente su situación. Criterio que no debe desconocerse al aplicar las previsiones reguladoras de la pensión de jubilación parcial, que se instalan en el campo de las medidas adoptadas para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. CUARTO.-Por lo expuesto, se considera que no es desempleado, a efectos de su contratación como relevista, el trabajador que en los veinticuatro meses anteriores a su contratación como tal, ha prestado servicios en la misma empresa mediante un contrato por tiempo indefinido. QUINTO. Las alegaciones que formula en su escrito de reclamación previa no desvirtúan el acuerdo adoptado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: PRIMERO. - Disposición adicional

cuadragésima séptima de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2.005 , apartado cinco.1, apartado c) (BOE de 28-12-04). SEGUNDO. - Artículo 10.b) del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre (BOE de 27-11-02) ,

5º.- D. Ángel Daniel fue trabajador de la empresa con contrato indefinido, resolviendo el contrato ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo -cambio de lugar de trabajo a Madrid- , percibiendo la indemnización legal de 20 días de salario por año de servicio.

(No controvertido, confesión de la empresa)

6º.- D. Ángel Daniel se inscribió como demandante de empleo el día 8-11-05.

7º.- La jubilación parcial del actor fue planteada y aceptada por la empresa de forma vinculada a la contratación de su hijo -desempleado e inscrito como demandante de empleo (Confesión empresa)

8º.- La base reguladora de la pensión de jubilación parcial sería de 2.365,32 €/mes y la fecha de efectos económicos 26-12-05. (No controvertido)

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandado, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos a Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Interpone recurso de suplicación la representación letrada de la Entidad Gestora frente a la sentencia que estimando la demanda, reconoció el derecho del actor a percibir la prestación de jubilación a tiempo parcial que había solicitado con efectos económicos desde el 16 de diciembre de 2005.

La cuestión que se debate en el presente recurso es si el trabajador relevista, D. Gabino , cumple los requisitos exigidos para ello, puesto que hasta el mes anterior a la jubilación de su padre mantuvo un vínculo laboral de carácter indefinido con la empresa codemandada , "Willis Iberia Correduría de seguros S.A."

Segundo.- Sostiene la dirección letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social, con amparo procesal en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral , aprobada por Real Decreto Legislativo 2/95, de 7 abril , en el motivo único del Recurso, la infracción, por interpretación errónea, del Art. 10 del R.D. 1131/2002, de 31 de octubre y de la Disposición Adicional Cuadragésima Séptima de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre , de Presupuestos Generales del estado para 2005. Argumenta la recurrente que la finalidad de la norma que denuncia como infringida no es otra que la del fomento del empleo, finalidad que se vería burlada si resulta que el trabajador relevista ya se hallaba vinculado a la plantilla de la empresa con un contrato de trabajo fijo, lo que, a su entender, acontece en el presente caso pues el trabajador sustituto había mantenido un vínculo de carácter indefinido con la empresa hasta un mes antes de producirse la jubilación parcial de su padre y, en consecuencia, para evitar lo que sostiene es un fraude de ley, habrá de estarse a lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuadragésima Séptima de la Ley 2/2004 , al disponer que las bonificaciones previstas en el Programa de Fomento del Empleo para el 2005, no se aplicaran a las contrataciones que afecten " a trabajadores que en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación hubiesen prestado servicios en la misma empresa, grupo de empresas o entidad mediante un contrato por tiempo indefinido."

Habrà que comenzar señalando que lo que la recurrente denuncia no es propiamente un fraude de ley en el sentido indicado por el Art. 6.4 del Código civil que al disponer "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir", esta exigiendo la presencia de dos normas en conflicto, la norma de cobertura en que se ampara el acto prohibido y otra, la norma defraudada, cuya aplicación se trata de eludir, lo que al presente no acontece puesto que, como se advierte en el recurso, para que la empresa demandada hubiera podido beneficiarse de los incentivos previstos en el programa de fomento del empleo para el año 2005 el cese del trabajador sustituto tendría que haberse producido no un mes sino 24 meses antes. Por tanto de lo que aquí se trata es de ver si se cumplen o no la letra y el espíritu de la norma cuestionada de acuerdo con los criterios de interpretación ordinarios establecidos en el Art. 3 del Código civil , tal como por otra parte no se olvida de mencionar la recurrente.

El Art. 10.b) del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre , por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, dispone que para poder reconocer la pensión de jubilación parcial, cuando el trabajador acceda a la misma a una edad real inferior a los sesenta y cinco años, la empresa deberá concertar simultáneamente un contrato de relevo con un trabajador en situación de desempleo o que tenga concertado con la empresa un contrato de duración determinada, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente. A diferencia, por tanto, de su definición original, incardinada en el modelo de reparto del

trabajo, en la actualidad el contrato de relevo puede celebrarse tanto con trabajadores desempleados como con trabajadores ya vinculados a la empresa con un contrato de trabajo temporal; puede celebrarse asimismo a jornada completa o a tiempo parcial y, finalmente, puede tener carácter temporal o indefinido, de conformidad con las previsiones contenidas en el Art. 12.6 del Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por R.D- Legislativo 1/1995, de 24 de marzo .

En todo caso, una interpretación literal del precepto, nos pone de manifiesto que el único requisito subjetivo previsto por la norma es que se trate de un trabajador desempleado o un trabajador temporal de la propia empresa y, en el primer caso, no se exige "además" que el trabajador desempleado se halle inscrito durante un determinado periodo de tiempo en las oficinas de empleo y mucho menos - como pretende la recurrente - que se trate de un desempleado de larga duración.

En el presente caso, del invariado relato fáctico resulta que el trabajador relevista, D. Ángel Daniel , resolvió su contrato de trabajo con la empresa codemandada al amparo de lo previsto en el Art. 40 del Estatuto de los Trabajadores , percibiendo la correspondiente indemnización económica (ordinal quinto) y se inscribió en la correspondiente oficina de empleo (ordinal sexto), por lo que su situación no merece otro calificativo legal que la de desempleado ex Art. 208.1.e) de la Ley General de la Seguridad Social , texto refundido aprobado por R.D- Legislativo 1/1994, de 20 de junio , que considera que se hallan en situación legal de desempleo aquellos trabajadores que han resuelto voluntariamente su contrato de trabajo, cuando dicha voluntariedad venga animada por alguna de las causas que justifican tal extinción como es el traslado u otras modificaciones sustanciales del contrato de trabajo.

Por otra parte es cierto que el contrato de relevo nace y es simultáneo a la celebración de un contrato a tiempo parcial por un trabajador, previamente vinculado a la empresa por un contrato a jornada completa, pero no puede olvidarse que una de las características de este contrato a tiempo parcial consiste en que el trabajador a tiempo completo pueda anticipar su jubilación, también de forma parcial, y seguir manteniendo parte de su actividad laboral, y esta jubilación parcial, que en el supuesto de que el trabajador haya alcanzado la edad ordinaria de jubilación ni siquiera se halla vinculada a la concertación de un contrato de relevo de conformidad con lo establecido en los Art. 166 de la Ley General de la Seguridad Social y, 12.6 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, no se ve afectada por las posibles irregularidades que hayan podido existir en la contratación o en el posterior desarrollo de la relación laboral del trabajador sustituto, siempre y cuando el sustituido cumpla los requisitos legales y reglamentarios para acceder a la condición de sujeto beneficiario, puesto que para tales supuestos lo que el apartado cuarto de la Disposición Adicional 2ª del R.D. 1131/2002 prevé, no es la pérdida de la prestación, sino una acción de reembolso frente al empresario infractor, repercutiendo sobre este el importe de una pensión que el INSS solo debe asumir si como contrapartida y contraprestación el empresario mantiene íntegramente el trabajo del empleado parcialmente jubilado cubierto con otro trabajador en la parte correspondiente a su jubilación parcial, de manera que cuando esa situación de sustitución desaparece o no se produce, cualquiera que sea el motivo que lo origine, deja de existir la causa por la que se impone al INSS el deber de pago de la pensión, que se traslada por mandato legal al empresario que ha incumplido su obligación.

Así pues, como con todo acierto se expone en la sentencia recurrida, deben entenderse cumplidos todos los requisitos exigibles para acceder a la jubilación parcial de D. Gabino , en cuanto el trabajador sustituto, al momento de concertar el contrato de relevo, se hallaba desempleado y si bien anteriormente había estado vinculado con la empresa con un contrato indefinido ello no enerva la anterior conclusión, sin que tampoco se puede apreciar la existencia de fraude de ley en la conducta del actor.

Las anteriores consideraciones determinan la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

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

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Cinco de Santander con fecha 21 de julio de 2006 , en los autos núm. 386/2006, seguidos a instancia de D. Gabino contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y la empresa "Willis Iberia correduría de seguros S.A.", en reclamación de pensión de jubilación anticipada, y en su consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, previniéndoles de su derecho a interponer contra la misma recurso de casación para unificación de doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dentro de los diez días hábiles contados a partir del siguiente al de su notificación.

Devuélvanse, una vez firme la sentencia, los autos al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, y déjese otra certificación en el rollo a archivar en este Tribunal.

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

TSJ País Vasco 8-9-06, Rec 1123/06

Ponente: D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR

En la Villa de Bilbao, a 8 DE SEPTIEMBRE DE 2006.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltrmos. Señores D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y Dña GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por FCR contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº2 (Donostia) de fecha veintiuno de Febrero de dos mil seis, dictada en proceso sobre SSO, y entablado por FCR frente a ATE ASESORES DE GESTION S.A., INSS y TGSS.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D./ña. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"Primero.-D. FCR, nacido el 13 de enero de 1945, con DNI XXXXX y afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el número XXXXX, presentó el 24 de mayo de 2005 solicitud de pensión de jubilación normal, siéndole denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social por resolución de 9 de junio de 2005 al considerarse por este Organismo que el actor, según los datos que se desprenden de la vida laboral de éste, había desarrollado una actividad por cuenta ajena desde el 17 de septiembre de 1973 hasta el 31 de agosto de 1995, pasando posteriormente a percibir las prestaciones de desempleo y estando en dicha situación hasta el 3 de enero de 1999; a partir de ahí tan solo había desarrollado esporádicamente una actividad por cuenta ajena entre el 1 de diciembre de 1999 y el 31 de enero de 2003 con un contrato a tiempo parcial, y posteriormente entre el 11 de julio de 2003 y el 28 de diciembre de 2004, cesando en la empresa en la que venía trabajando y percibiendo nuevamente las correspondientes prestaciones por desempleo hasta el 20 de abril de 2005, en que causó baja voluntaria para desempeñar una actividad por cuenta ajena como jefe de segunda administrativo, encuadrado en el grupo 3 de cotización, en la empresa "ATE" Asesores de Gestión, S.A." hasta el 23 de mayo de 2005. Igualmente figura de alta en el Ilustre Colegio de Abogados de Guipúzcoa desde el 22 de abril de 1980. El 23 de mayo de 2005 fue dado de baja en el trabajo a tiempo completo que venía desempeñando y el 24 de mayo de 2005 concertó con la empresa un contrato a tiempo parcial, tras lo cual solicitó la correspondiente jubilación parcial.

Segundo.- Con fecha 1 de agosto de 2005, D. FCR interpuso reclamación previa a la vía judicial ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, interesando nuevamente su petición. El Instituto Nacional de la Seguridad Social contestó al efecto que, al no haberse modificado las circunstancias que dieron lugar a la resolución inicial del expediente, no había lugar a su estimación.

Tercero.- Se ha agotado la previa vía administrativa".

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que desestimo íntegramente la demanda y declaro que D. FCR no reúne los requisitos necesarios para acceder a la pensión de jubilación parcial, debiendo las partes pasar por esta declaración; y absuelvo al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social y a la empresas "ATE Asesores de Gestión, S.A." de los pedimentos de la demanda".

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado por la parte recurrida

CUARTO.- El 19 de abril se recibieron las actuaciones en esta sala, deliberándose el recurso el 15 de septiembre siguiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. FCR recurre en suplicación, ante esta Sala, la sentencia del Juzgado de lo Social num. 2 de San Sebastián, de 21 de febrero de 2006, que ha desestimado la demanda que interpuso el 22 de septiembre de 2005 pretendiendo que se reconociera su derecho a percibir pensión por jubilación parcial desde el 24 de mayo de 2005, en cuantía inicial del 85% de 1081,09 euros/mes, con la que impugnaba la resolución del INSS, de 9 de junio de ese año, que le había denegado dicha prestación, alegando éste al efecto que trataba de acceder a la prestación mediante una contratación a tiempo completo realizada con tal finalidad, a tenor de lo que revelaba su vida laboral, ya que había trabajado por cuenta ajena del 17-Sp-73 al 31-Ag-95, pasando a percibir prestaciones por desempleo, en cuya situación se encontraba el 3-En-99, momento a partir del cual sólo desarrolla esporádicamente una actividad por cuenta ajena, lo que realiza entre el 1-Dc-99 y el 31-En-03 mediante un contrato a tiempo parcial, con un segundo contrato similar del 11-Jl-03 al 28-Dc-04, pasando a percibir prestación por desempleo al cesar en la última empresa, que cobra hasta el 20-Ab-05 en que pasa a contratarse a tiempo completo con la empresa demandada a fin de prestar servicios como jefe de

2ª administrativo (tarifa 3), que transforma en uno a tiempo parcial el 24 de mayo siguiente, fecha en que solicita la jubilación parcial, figurando de alta en el Colegio de Abogados de Gipuzkoa desde el 22-Ab-80

Pronunciamiento que el Juzgado sustenta en que el demandante, con 60 años cumplidos el 13-En-05, accedió el 24 de mayo de ese año a la situación de jubilación parcial en virtud de una previa contratación a tiempo completo realizada el 20 de abril de 2005, 34 días antes de aquella, con la única finalidad de permitirle acceder a la prestación litigiosa y no con la señalada en el contrato, ya que sólo se le necesitaba para formar al trabajador que luego fue su relevista y la intención inicial era haberle contratado sólo a tiempo parcial, lo que supone un uso desviado de la recta finalidad que se pretende con la jubilación parcial.

El recurso del demandante trata de cambiar esa decisión del litigio por otra que acoja su demanda, a cuyo fin articula dos motivos destinados a revisar los hechos probados, en tanto que en el tercero examina el derecho aplicado en la sentencia.

Se ha opuesto al mismo el INSS.

SEGUNDO.- A) Denuncia D. F., en primer lugar, varios errores cometidos por el Juzgado en el hecho probado primero, citando al efecto los documentos que, a su entender, revelan la equivocación padecida.

Así, indica que lo que pidió el 24-My-05 no fue pensión de jubilación normal, sino parcial, según muestra la petición cursada al efecto que obra en la copia fehaciente del expediente administrativo incorporado a los autos.

Error cometido, ciertamente, aunque más bien parece de simple trascripción, ya que a lo largo de la sentencia el Juzgado parte siempre de que lo pedido y denegado fue la pensión por jubilación parcial, poniendo así de manifiesto la irrelevancia del lapsus cometido.

B) El resto de modificaciones que señala el demandante van referidas, en realidad, a lo que el Juzgado recoge como mera expresión de las razones esgrimidas por el INSS al denegarle la prestación. Su denuncia no radica en estimar que la respuesta del INSS fue otra, sino que lo que éste dijo no se atiene a la realidad en algún determinado extremo, lo que en principio sería motivo suficiente para desestimarlos sin mayores consideraciones, a tenor de lo que el Juzgado ha querido reflejar.

La conclusión merece matizarse, ya que lo cierto es que el Juzgado no deja expresada, en los hechos probados, su convicción sobre si la vida laboral del demandante se atuvo a lo que el INSS indica y que, en los fundamentos de derecho, parece partir de su realidad, lo cual nos permita entrar al fondo de lo que D. FCR plantea en el resto del motivo.

Así, la Sala acepta que se excluya la expresión "esporádicamente", utilizada para referirse al modo en que trabajó por cuenta ajena a partir del año 1999, ya que es de indole puramente valorativa y, en todo caso, no compatible con la concreta descripción de los trabajos desempeñados por cuenta ajena desde entonces, para lo que basta con tener en cuenta que, según admite el INSS, acepta el Juzgado y, por supuesto, refrenda el demandante, trabajó entre el 1-Dc-99 y el 31-En-03 en una determinada empresa, haciéndolo en otra desde el 11-Jl-03 hasta el 28-Dc-04, a lo que ha de añadirse la última contratación controvertida, el 20-Ab-05, que refleja un panorama de ocupación asalariada básicamente continuado en esos cinco años largos, ya que sólo dejó de trabajar así los once primeros meses de 1999, cinco meses y diez días del 2003 y algo menos de cuatro meses antes de su última contratación, sin que obste a esa conclusión que los dos trabajos anteriores a éste fueran a tiempo parcial. Trabajos, ambos, que fueron como administrativo, según revelan en forma suficiente la sentencia dictada en el juicio por despido seguido en el caso del primero de ellos y el contrato de trabajo concertado con la segunda empresa, obrantes en autos y debidamente invocados en el motivo. Ahora bien, como luego veremos, tal circunstancia resulta irrelevante en orden a alterar el resultado del litigio, ya que no es el fundamento directo del pronunciamiento recaído y tampoco constituye el pilar en el que el Juzgado asentó su deducción de la finalidad perseguida por los suscribientes del contrato de 20-Ab-05.

La hoja de consulta sobre prestaciones por desempleo, aún con el sello del INEM, no tiene contundencia probatoria suficiente para demostrar que la prestación por desempleo reconocida a D. FCR al extinguirse su contrato de trabajo el 28-Dc-04 fue de 600 días, de los que únicamente había consumido 111 cuando concertó el contrato de 20-Ab-05. En todo caso, estamos ante unos datos carentes de cualquier trascendencia para dimitir la pretensión litigiosa.

Finalmente, la Sala admite que la base reguladora de ésta última asciende a 1081,09 euros, como lo pone de manifiesto el informe de base reguladora emitido por el INSS a tal fin y aportado por éste al litigio, aunque su relevancia queda limitada para el caso de que se reconozca derecho a la prestación.

TERCERO.- A) Denuncia el demandante, en el motivo segundo, que la razón por la que el INSS denegó su petición fue que los 34 días de contratación a tiempo completo con la empresa demandada, al tiempo de su jubilación parcial, eran insuficientes a tal fin, como a su entender resulta de unas anotaciones manuscritas que obran en una determinada hoja que figura en el expediente administrativo.

B) Motivo que la Sala rechaza, ya que el Juzgado no ha desconocido esa realidad, cuya existencia no se acredita, por lo demás, con el documento invocado, sino por el contenido de la propia resolución denegatoria, que así lo recoge en sus razonamientos, aunque vinculado a la idea de una actuación contraria al espíritu que preside la regulación dada por nuestro ordenamiento jurídico a la pensión por jubilación parcial.

CUARTO.- A) Se acusa, en el motivo tercero, la infracción del art. 12-6 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y arts. 9 a 13 del R. Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, ya que la regulación de la pensión por jubilación parcial que contienen no exige, como requisito, tiempo mínimo de permanencia en la empresa con un contrato a tiempo completo antes de acceder a la jubilación parcial.

B) Acierta plenamente el demandante cuando sostiene que en la ordenación de la pensión por jubilación parcial efectuada en los preceptos cuya vulneración denuncia, no se exige como requisito preciso para causarla que el

trabajador haya permanecido un tiempo mínimo de presencia en la empresa. Condición inexistente a lo largo de las sucesivas regulaciones de la institución contempladas en nuestro ordenamiento jurídico desde su instauración, con la reforma del Estatuto de los Trabajadores efectuada en agosto de 1984, que pone de manifiesto una contumacia legislativa de no imponer una exigencia de tal naturaleza, que se corrobora, a su vez, con su finalidad, al menos en cuanto referida a la jubilación parcial anterior a la edad ordinaria de jubilación: se trata de una medida instrumental destinada a posibilitar el reparto del empleo, a través de la sustitución de la persona del trabajador asalariado, en la parte de la jornada en que cesa por jubilarse parcialmente, por otro (relevista), que en sus orígenes y hasta la reforma operada por el R. Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, estaba instaurada en beneficio único de trabajadores desempleados (resulta bien expresivo, al efecto, el preámbulo de la Ley 32/1984, de 2 de agosto) y, desde dicha norma, se amplía a quienes ya están contratados temporalmente en la misma empresa (a tiempo parcial, sobreentendido). Claro es que no se trata sólo de favorecer el empleo del relevista, ya que también se persiguen beneficios para el jubilado parcialmente y para la propia empresa en la que se produce el cambio de persona en la parte de la jornada objeto de jubilación (rejuvenecimiento de plantilla), pero no debe olvidarse que si se permite la jubilación parcial en edad anterior a la ordinaria es únicamente para permitir el intercambio de la persona empleada. De ahí que deba descartarse la idea de que la pensión por jubilación parcial anterior a la edad ordinaria es un "premio" a una vida dilatada en una determinada empresa, ya que no se atiene a la finalidad de la institución ni a los requisitos con que se configura. Cabe, pues, acceder a ella desde una empresa en la que la reducción de jornada imprescindible al efecto haya tenido lugar a los pocos días de la contratación inicial.

C) Podría parecer, a tenor de lo que acabamos de exponer, que asiste la razón al demandante cuando defiende su derecho a la prestación controvertida.

No es así, sin embargo, ajustándose a derecho la resolución del INSS y, en suma, la sentencia recurrida que la ha confirmado, como acto seguido fundamos.

En efecto, una cosa es que no se exija tiempo mínimo de presencia en la empresa en la que el trabajador se jubila parcialmente y otra, bien distinta, que resulte legítimo que un empresario y un trabajador en paro total se pongan de acuerdo para contratar a éste en unos términos destinados a posibilitar su acceso a una jubilación parcial, que es cabalmente lo sucedido en el caso de autos.

Debemos explicar ambos extremos, comenzando por argumentar las razones por las que nuestro ordenamiento jurídico no autoriza una conducta de ese tipo.

D) El fundamento esencial de esa conclusión radica en que se trata de una conducta realizada en fraude de ley y, por tanto, ha de tener el efecto expresamente dispuesto en nuestras leyes para ese tipo de actos, que no es otro que la aplicación de la norma que se ha querido eludir, según señala el art. 6-4 de nuestro Código Civil (CC).

Define este precepto el fraude de ley en términos inequívocos: se trata de toda actuación que se realiza al amparo de una norma, aunque con la finalidad de lograr un resultado prohibido por nuestro ordenamiento jurídico o contrario a éste.

Pues bien, constituye requisito imprescindible para poder acceder a la pensión por jubilación parcial que el trabajador solicitante vea reducida la jornada de trabajo y el salario que tiene en una determinada empresa en una proporción mínima del 25% y máxima del 85% (art. 166-2 LGSS, en relación con el art. 12-6 ET). Por lo tanto no es posible causar derecho a ella desde una situación en la que un trabajador está sin empleo asalariado alguno y encuentra un empresario que precisa de sus servicios para una reducida parte de una jornada laboral ordinaria. Si, en tal circunstancia, fuera contratado para atender esa jornada mediante el correspondiente contrato a tiempo parcial, no podría acceder a la pensión por jubilación parcial correspondiente al resto de la jornada laboral, ya que con su contratación no ha perdido trabajo alguno sino que lo ha ganado; dicho en otros términos, no tiene empleo que ceder a un posible relevista. Si, para evitar ese obstáculo, concierta con el empresario interesado en su contratación que ésta se realice primeramente a tiempo completo y, al poco tiempo, ajustarse ya al tiempo realmente necesitado por su empresario y ello con la finalidad de poder acceder a la pensión por jubilación parcial que en la otra forma le estaba vedada, la conclusión resulta nítida: se está ante un supuesto ejemplar de conducta realizada en fraude de ley, ya que se ha efectuado una actuación (la contratación a tiempo completo) con la única finalidad de poder sortear la falta del requisito que le impedía generar derecho a la pensión. No obsta a ello que los servicios se hayan prestado, durante el período de contratación instrumental, en la forma pactada, ya que precisamente el fraude de ley requiere una conducta realizada al amparo de una norma de cobertura. Si nuestro ordenamiento lo sanciona en la forma expuesta es porque se ha realizado esa conducta (la contratación por tiempo superior al precisado) con una finalidad perversa, ajena a la que le es propia.

E) Conducta en fraude de ley que es cabalmente lo que ha acontecido en el caso del demandante con el contrato suscrito el 20 de abril de 2005, ya que la única razón de su suscripción, en los concretos términos de la jornada convenida (seis veces superior a la que quedó fijada a partir del 24 de mayo de ese año), fue posibilitar el acceso a la pensión de jubilación parcial por parte de D. F., a la que no tenía derecho si su contratación se hubiera hecho desde un primer momento con la jornada pactada en el segundo, que era la que realmente se ajustaba a las necesidades que tenía la empresa para su contratación, tal y como el Juzgado dedujo con base en el documento que figura incorporado al expediente administrativo, consistente en la declaración del gerente de la misma reconociendo que sólo precisaban los servicios del demandante para formar a quien luego fue su relevista, posibilitando así el acceso a la pensión por jubilación parcial y a un contrato de relevo que, de otra forma, no podrían alcanzarse.

El recurso, por cuanto se ha expuesto, no puede acogerse.

QUINTO.- El demandante disfruta del beneficio de justicia gratuita, ya que litiga ejercitando pretensión propia de beneficiario de la seguridad social (art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero), lo que impide imponerle el pago de las costas causadas por su recurso, al no concurrir el supuesto previsto al efecto en el art. 233-1 LPL y no resultar temeraria su interposición.

FALLAMOS

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D. FCR contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de San Sebastián , de 21 de febrero de 2006, dictada en autos número 678/05, seguidos a instancias de ATE, Asesores de Gestión, SA, instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, sobre pensión por jubilación parcial, confirmando lo resuelto en la misma.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal.

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

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

Id Cendoj: 28079140012006100542
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 605/2005
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: VICTOR ELADIO FUENTES LOPEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Despido disciplinario. Utilización por el trabajador para usos privados de la instalación de Internet puesto a disposición por el empresario en su trabajo. Instalación por el empresario de sistemas de control de la actividad del trabajador. Falta de contradicción.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Junio de dos mil seis.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Javier Lampreabe Martínez en nombre y representación de T & D INNOVACIÓN Y MANTENIMIENTO S.A. contra la sentencia dictada el 21 de diciembre de 2004 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación nº 2609/04 , interpuesto contra la sentencia de fecha 23 de junio de 2004, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Vizcaya, en autos núm. 410/04, seguidos a instancias de DON Germán contra T & D INNOVACIÓN Y MANTENIMIENTO S.A., FOGASA sobre Despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido DON Germán representado por el Letrado Don Mikel Arrieta Gómez.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. VICTOR FUENTES LÓPEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23 de junio de 2004 el Juzgado de lo Social nº 3 de Vizcaya dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- El actor D. Germán , mayor de edad con DNI nº NUM000 , afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el nº NUM001 , ha venido prestando sus servicios para la empresa T D INNOVACION Y MANTENIMIENTO S.A. con una antigüedad de 11 de febrero de 2002, con categoría profesional de Técnico Medio, percibiendo un salario bruto mensual incluida prorrata de paga extraordinaria de 1.310,45 euros (43,08 euros/día). 2º.- La entidad T D INNOVACION Y MANTENIMIENTO S.A. se dedica a la actividad de explotación electrónica estando incluida dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Provincial del Comercio Metal de Bizkaia. 3º.- El día 6 de abril de 2004 la dirección de la empresa entregó al actor carta de despido por motivos disciplinarios, que transcrita literalmente señalaba: "La dirección de esta empresa le comunica que ha tomado la decisión de rescindir su contrato de trabajo procediendo a su despido disciplinario. Los motivos de esta decisión son los siguientes: 1- Faltas de asistencia y puntualidad al trabajo, los siguientes días: 1.1- El día 22-03-2004, llegó al centro de trabajo a las 10,20 horas (a.m.), cuando su horario de entrada es a las 9 horas, es decir, 1 hora y 20 minutos más tarde. A la tarde inicia su actividad laboral a las 15 horas y 45 minutos, cuando su horario de entrada es a las 15 horas, es decir, 45 minutos más tarde, porque estaba durmiendo la siesta. 1.2- El día 23-03-2004, a la tarde se reincorpora al trabajo a las 15 horas y 45 minutos, cuando su horario de entrada es a las 15 horas, es decir, 45 minutos más tarde, porque estaba durmiendo la siesta. 1.3 - El día 24-03-2004, sale del centro de trabajo durante 30 minutos, sin solicitar permiso ni autorización, para asuntos que nada tiene que ver con el trabajo, limitándose a comunicar que se va a Castro Urdiales (Cantabria) a echar combustible al coche. 1.4 - El día 25-03-2004, no acude al centro de trabajo, manifiesta estar malo pero no presenta ningún justificante médico. 1.5 - El Día 26-03-2004, sale 30 minutos antes de la finalización de la jornada a la tarde, sin aviso ni autorización. 1.6- El día 30-03-2004, sale del centro de

trabajo durante 55 minutos, sin permiso ni autorización, para asuntos que nada tiene que ver con el trabajo, ya que dice al resto de compañeros/as que va a Castro Urdiales (Cantabria) a echar combustible al coche.

1.7- El día 01-04-2004, llega al centro de trabajo a las 10,40 horas (a.m.), cuando su horario de entrada es a las 9 horas, es decir, 1 hora y 40 minutos más tarde, avisando telefónicamente que llegaba tarde a las 10,15 horas.

2 - Transgresión de la buena fe contractual, con los siguientes hechos: 1.1 Actuación negligente, usted desempeña en la empresa funciones de ingeniero técnico, pero estando trabajando en el amplificador/acondicionador de señal para el equipo de la empresa KORTA, en el mes de diciembre de 2003, enchufó el cable de corriente alterna a la salida analógica del amplificador, al confundir el conector de reducción de señales parásitas por derivación de señal a masa, por el de alimentación (Se da la circunstancia de que el amplificador requiere fuente de alimentación externa), hecho que demuestra que no cumplió con las instrucciones recibidas, inhabilitando la entrega del proyecto en la fecha convenida, con el cliente, haciendo dejación de su trabajo y de las órdenes concretas mías, recibidas con más de 30 días de antelación a dicha fecha, le pedí que estudiara bien el manual y se familiarizase con su funcionamiento, para que después no surgiese ningún problema. Como consecuencia de lo anterior, causó un grave perjuicio económico a esta empresa, que tuvo que hacerse cargo de todos los costes directos, asumiendo los gastos de reparación y retraso en la entrega del equipo contratado y por lo tanto, la facturación del mismo, forzando a la empresa a facilitar otro amplificador de coste superior, sin compensación económica.

1.2- Actuaciones irregulares, como la utilización para fines privados del acceso a internet durante el tiempo de trabajo, concretamente: 1.2.1. El día 23-03- 2004, se dedica a chatear con Tony durante 40 minutos y con Allendeainhoa durante 30 minutos. 1.2.2. El día 24-03-2004, se dedica a chatear con Tony y Rubia durante 2 horas. 1.2.3. El día 26-03- 2004, se dedica a chatear con Tony durante 2 horas y 20 minutos, con Monsy durante 15 minutos, y a navegar por internet 2 horas y 50 minutos. A lo anterior unimos que se marcha 30 minutos antes de la finalización de su jornada, sin aviso ni autorización. 1.2.4. El día 30-03-2004, se dedica a consultar su correo web personal durante 40 minutos, a chatear con Allendeainhoa, Tony y RUBIA, durante 2 horas y a descargar y visualizar videos porno durante 10 minutos. 1.2.5 el día 31- 03-2004, se dedica a chatear con Tony durante 3 horas, a consultar su correo web personal 15 minutos y a la visualización de videos porno 20 minutos. 1.2.6. El día 01-04-2004, se dedica a consultar su correo web personal durante 1 hora, a chatear con Tony, Silvi, Allendeainhoa y RUBIA 1 hora y 20 minutos, y teniendo instrucciones concretas para el desarrollo de su trabajo, se dedicó durante 1 hora y 35 minutos a relacionarse con la empresa informática que estaba implantando el servidor con la única finalidad de conocer si iban a poner "sistemas de vigilancia". A todo lo anterior unimos que este día llega 1 hora y 40 minutos tarde al trabajo. 1.2.7. El día 02-04-2004, se dedica a chatear con Tony durante 20 minutos. Si pone en duda la veracidad de lo expuesto, no tenemos ningún problema en ver con usted todos los registro del chateo, videos porno,..

1.3 el día 29-03- 2004 llega a las oficinas a las 9 horas y a pesar de tener mucho trabajo, ya que hay proyectos de entrega inmediata, no empieza a trabajar hasta las 12,20 horas, hora en la que enciende el ordenador, que es su herramienta de trabajo.

1.4. El día 30-03-2004, se dedica durante 50 minutos a comer pipas en su despacho, sin hacer absolutamente nada, a pesar de la urgencia de trabajos pendiente. Los hechos descritos son calificables, a tenor de la normativa laboral aplicable y vigente, como faltas muy graves, susceptibles de ser sancionados con el despido. Medida esta, que se toma y que tendrá efectos a partir de la misma fecha de notificación de este escrito.

4º.- El horario de trabajo de trabajo en la empresa era de 9,00 a 13,30 horas y de 15,00 a 19,00 horas de lunes a jueves y los viernes de 9,00 a 15,00 horas.

5º.- El actor se desplazaba al centro de trabajo en Muskit con otro compañero Juan Ignacio , pero hay varios días en el mes de marzo que no fueron juntos.

6º.- En el mes de junio de 2003 la dirección de la empresa entregó una carta al demandante en relación con faltas de asistencia y puntualidad invitándole a que ponga fin a dicha actuación no imponiéndose sanción. Esta carta fue contestada por escrito por el trabajador el 7-7- 03 manifestando que el retraso respondía a motivos familiares habiéndose comunicado previamente a la empresa y que la ausencia del día 25-5-03 por la tarde no se comunicó por falta de batería en el teléfono.

7º.- Con motivo de la instalación en la empresa de un nuevo programa ante la comunicación por parte de la persona que realizaba la instalación a la dirección de la empresa de que Germán había preguntado si se iba a instalar algún tipo de control la dirección de la empresa indica a las trabajadoras Pilar y Beatriz que controlen la actividad del demandante, ante lo cual la primera tras instalar un programa para capturar pantallas a intervalos de tiempo para comprobar la actividad del demandante recopiló la documentación aportada por la empresa como prueba documental cuyo contenido se da por reproducido del ordenador del demandante y la segunda se encargó de tomar datos sobre las horas de entrada y salida así como de las ausencias.

8º.- El actor ha incurrido en falta de puntualidad en la asistencia a su trabajo los días: 22 y 23 de marzo y 1 de abril. El actor no asistió al trabajo el día 25-3-04 alegando estar enfermo no aportando justificante médico. El actor ha salido del centro de trabajo dentro de la jornada los días 24, 26 y 30 de marzo.

9º.- El demandante, así como los demás trabajadores de la empresa, tiene asignado una dirección de e-mail y acceso a internet, habiendo utilizado estos para usos particulares durante el tiempo de trabajo accediendo a páginas pornográficas o chateando con personas ajenas a la empresa, disponiendo en su despacho de varias pantallas. No existe prohibición expresa en la empresa para la utilización de estos medios.

10º.- El actor no ostenta ni ha ostentado durante el año anterior al despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

11º.- El día 11 de mayo de 2.004 tuvo

lugar el preceptivo acto de Conciliación con el resultado de celebrado sin avenencia, habiéndose presentado papeleta de conciliación el 29 de abril de 2004".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando íntegramente la demanda promovida por D. Germán contra la entidad T D INNOVACION Y MANTENIMIENTO S.A. debo absolver y absuelvo a las demandadas de las pretensiones deducidas frente a ella".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por DON Germán ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 21 de diciembre de 2004 , en la que consta el siguiente fallo: " Se estima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Bilbao de 23-6-2004 , procedimiento 410/04, por D. MIKEL ARRIETA GOMEZ, abogado que actúa en nombre y representación de D. Germán , la que se revoca, y estimando la demanda interpuesta por éste, se declara improcedente el despido practicado, condenando a la empresa a que a su elección o readmita en iguales circunstancias a las que existían con anterioridad al despido al trabajador o le indemnice con la suma de 4.200,3 euros, y le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia, a razón de 43,08 euros diarios, advirtiéndole que la opción deberá realizarla dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente sentencia en la Secretaría de la Sala, y, caso de que no la efectuase, se entenderá que opta por la readmisión, y todo ello sin hacer pronunciamiento sobre costas".

TERCERO.- Por la representación de T & D INNOVACION Y MANTENIMIENTO S.A. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 15 de febrero de 2005, en el que se alega infracción del *artículo 18 de la C.E ., artículo 6.2 de la L.O. 15/99 de 13 de diciembre* sobre protección de datos de carácter personal en relación con el *artículo 20.3 y 18 del R.D. Legislativo 1/95, de 24 de marzo , artículo 90.1 del R.D. Legislativo 2/95 de 7 de abril , artículo 54 del RDL 1/95 de 24 de marzo* . Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 4 de octubre de 2001.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 13 de julio de 2005 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 22 de junio de 2006, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del País Vasco en 21-12-2004 que declaró el despido disciplinario del trabajador improcedente, se interpuso por el empresario el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando como sentencia contraria la dictada por la Sala de lo Social de Galicia de 4-10-2001.

Se impone a efectos de concurrencia o no del requisito de contradicción exigido en el *artículo 217 LPL analizar* comparativamente los hechos, fundamentos y pretensiones de una y otra sentencia, a efectos de determinar si existe o no la necesaria identidad sustancial presupuesto sin el cual no puede entrarse en el estudio del fondo litigioso.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida dictada por la Sala de lo Social del País Vasco de 21-12-2004 contempla un supuesto de despido disciplinario, imputándose al trabajador transgresión de la buena fe contractual por utilización indebida del acceso a Internet que la empresa había puesto a su disposición durante el tiempo de trabajo; en concreto se le imputaban las conductas descritas en los hechos probados, relacionados en los antecedentes de esta resolución que aquí damos por reproducidos; la sentencia desestima íntegramente la demanda, después de analizar las imputaciones contenidas en la carta de despido, tanto la falta de asistencia y puntualidad al trabajo, como las utilizaciones irregulares para fines privados del acceso a Internet durante el tiempo de trabajo, empezar a trabajar con retraso y comer "pipas" durante 50 minutos en su despacho en horas de trabajo, todo lo cual, lo considera una deslealtad o transgresión de la buena fe, negando la ilicitud de la prueba utilizada para obtener la información causa del despido, al no estar acreditado que la empresa haya accedido al contenido de los correos, simplemente identifico a la persona, fecha y duración de los contactos, y el acceso a Internet para actividades ajenas a la empresarial, sin que con ello se entendiera vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador; todo ello a través de una valoración conjunta de dichos hechos. Contra dicha sentencia por el trabajador se interpuso recurso de suplicación que fue estimado, revocando la sentencia de instancia, considerando el despido

improcedente, después de relacionar doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la intimidad, cuya vulneración fue denunciada en el recurso, llegando a la conclusión de que si el trabajador tiene posibilidades de mantener un ámbito privado y particular, autorizado por la empresa, lo que deducía de la falta de prohibición específica, así como de los medios entregados al trabajador, y la investigación practicada incide sobre dicho derecho fundamental, ilícita la prueba obtenida, para alcanzar la gravedad de los hechos procedía revocar la sentencia de instancia, por inmiscuirse la actuación empresarial en el derecho a la intimidad del *artículo 18 CE*.

TERCERO.- En la referencial, también se trataba de un trabajador, Ingeniero Técnico, despedido disciplinariamente por transgresión de la buena fe contractual; el mismo tenía asignada una dirección de correo electrónico personal y pleno acceso a Internet, no existiendo prohibición ni al trabajador ni a otros en sus mismas condiciones, de acceso, y utilización para asuntos personales, al que en la carta de despido se le imputa la utilización de tales herramientas de trabajo en múltiples actividades personales que ninguna relación tenían con la empresa y que se describen en la carta de despido y hechos probados, detallando días, páginas y minutos utilizados, conducta que se considera constitutiva de una falta muy grave, rechazando las alegaciones hechas por el trabajador a la carta de despido; en la sentencia referencial se estimó el recurso del empresario, declarando el despido procedente, razonando, que la asignación por la empresa de una dirección de correo electrónico personal y pleno acceso a Internet, tenía por causa única el desarrollo de su actividad en la empresa, no para asuntos privados y personales, razón por la cual el empresario puede utilizar su derecho a vigilar y controlar los instrumentos de trabajo y como el trabajador cumple sus obligaciones laborales (*art. 50 20-1 y 3 del ET*), por tanto no puede existir vulneración del derecho fundamental protegido en el *artículo 18 CE* pues el trabajador utilizaba en el trabajo, los medios puestos a su alcance para fines privados lo que supone un coste económico y de tiempo para la empresa, ejercitando esta su derecho a vigilar sus instrumentos de trabajo para que no se realice un uso abusivo y para fines personales del mismo, siendo válida la prueba obtenida, que demostró que el tiempo utilizado a la navegación por Internet sin relación con el trabajo era superior a hora y media por día trabajado, lo que supone un abuso de confianza.

CUARTO.- De lo antes expuesto resulta, falta de contradicción entre una y otra sentencia; a estos efectos debe indicarse, que en doctrina de la Sala en despido disciplinarios, como pone de relieve la parte impugnante del recurso, que la calificación de conductas, a efectos de su inclusión en el *artículo 54 del ET*, no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en estos casos, la decisión judicial, se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite generalizaciones de las decisiones fuera de su ámbito específico (St. 30-1-1992 y 18-5-1992 (R- 1232/90 y 2271/91); 9-7-2004 (3496/02) y 24-5-2005 (R-1728/04), pues bien, de acuerdo con lo anterior, en el caso de autos, como resulta de los hechos probados, antes relacionados existe la falta de identidad sustancial entre los hechos de una y otra sentencia pues las conductas imputadas, en cada caso, pese a la aparente similitud, difieren, por lo siguiente: mientras que en la recurrida, se trataba de un trabajador que utilizó el acceso a Internet y del correo electrónico instalado por la empresa, para uso privado, entendiéndose la sentencia impugnada que estaba autorizado por la empresa, lo que deducía de la falta de prohibición específica, así como de los medios entregados al trabajador, con lo cual tenía posibilidad de mantener un ámbito privado y particular para hacer las comunicaciones con otras personas, imputadas, por lo que la investigación practicada incidía en el derecho fundamental, al inmiscuirse en el *artículo 18 CE*, siendo ilícita la prueba practicada causa de la improcedencia del despido, careciendo de relevancia el resto de las faltas imputadas, a los efectos del despido, en la referencial, en donde también como hechos dicho, se imputaba a un trabajador, el uso privado del acceso a Internet, y del ordenador, en horario de trabajo la causa de la decisión, estimando el despido procedente, no era la ya expuesta, en el supuesto de la sentencia recurrida, esto es entender que existió autorización del empresario, sino otra distinta, como era la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, que suponía el tiempo dedicado a la navegación por Internet superior a la hora y media por día de trabajo, sin relación con este último, considerando por tanto válida la prueba utilizada; con independencia de ello, en la referencial la práctica de la prueba para comprobar el acceso a direcciones particulares, que no debían efectuarse por ser ajenas a las propias del cometido profesional del trabajador, se hicieron en presencia de la representación unitaria, lo que da más garantía de veracidad a su resultado, lo que no acaeció en la recurrida, siendo un dato de gran relevancia a los efectos de contradicción, lo que unido al hecho de que en la recurrida se considerara que existió autorización del empresario para el uso privado de Internet, lo que no concurre en la referencial refuerza la conclusión a la que aquí llegamos.

QUINTO.- Todo lo dicho conduce a la desestimación del recurso, con imposición de costas a la recurrente y pérdida del depósito constituido para recurrir.

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 unificación de doctrina interpuesto por T & D INNOVACIÓN Y MANTENIMIENTO S.A. contra la sentencia dictada en 21 de diciembre de 2004 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación nº 2609/04 , en actuaciones iniciadas en el Juzgado de lo Social nº 3 de Vizcaya a instancias de DON Germán contra T & D INNOVACIÓN Y MANTENIMIENTO S.A., FOGASA. Se imponen las costas de este recurso a la recurrente; se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se le dará el destino legal.

Devuélvase las actuaciones al Organo 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. Víctor Fuentes López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Id Cendoj: 28079140012007101031
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2520/2006
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JESUS SOUTO PRIETO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

CALIFICACIÓN DE NULIDAD DEL DESPIDO DE MUJERES EMBARAZADAS. SE TRATA DE UN SUSPENSO PARTICULAR DE DESPIDO DISCRIMINATORIO POR RAZÓN DE SEXO. El móvil discriminatorio se presume legalmente "iuris et de iure" si el empresario conoce el hecho del embarazo.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Julio de dos mil siete.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Pedro del Rosal Garcíal, en nombre y representación de MERCADONA, S.A., frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias-Las Palmas de Gran Canaria de fecha 20 de febrero de 2006, dictada en el recurso de suplicación número 1192/2005 formulado por la letrada D^a Maria del Mar Sánchez Reyes en nombre y representación de D^a Marí Trini , contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 16 de mayo de 2005, dictada en virtud de demanda formulada por D^a Marí Trini , frente a la empresa MERCADONA, S.A. y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre DESPIDO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JESÚS SOUTO PRIETO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de mayo de 2005, el Juzgado de lo Social nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D^a Marí Trini contra Mercadona, S.A. y el Fogasa debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO de la actora, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, y a que, por tanto, a su elección, le readmita en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, o bien le indemnice con la suma de 492 euros; condenándola igualmente y en todo caso a que le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido; debiendo advertir por último a la demandada que la opción señalada, habrá de efectuarse ante este Juzgado de lo Social en el plazo de los CINCO DIAS SIGUIENTES, desde la notificación de la sentencia, entendiéndose que de no hacerlo así se opta por la readmisión".

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: La actora ha prestado sus servicios en la entidad demandada como hornera cajera desde el 29 de septiembre de 2004 con salario de 32,80 euros/día. El contrato se remite al Convenio de Mercadona. Habiéndose fijado en el contrato un período de seis meses de prueba. SEGUNDO: La actora, que estuvo incapacitada temporal el 14 de diciembre de 2004 se encuentra embarazada, conociéndolo desde el 27 de diciembre de 2004 y fue cesada por la demandada con fecha de efectos de 7 de enero de 2005, comunicándosele por carta que no había superado el período de prueba. No se ha acreditado que al tiempo del despido la empresa conociera el estado de embarazo de la actora. TERCERO: El proceso de formación de la actora consistió en un primer período septiembre a noviembre en el que fue supervisada por la Gente A señora Mesa, emitiendo la misma dos informes correspondientes el primero a dos semanas y el otro a otras dos, que se dan por reproducidos al constar como documentos 8 a 11 y 12 a 13 de los aportados por la demandada. A continuación pasó al centro de ingenio y allí el día 15 de diciembre se levantaron dos actas

que se dan por reproducidos y constan en autos como documentos 14 y 15 de los de la demandada por falta al trabajo y llegar tarde; el 3 de enero de 2005 acta que se da por reproducida y consta en autos como documento 16 de los de la demandada por no conseguir quedarse sola en el trabajo, no ponerse los guantes y gorro en horas de trabajo; y el 4 de enero de 2005 acta que se da por reproducida y consta en autos como documento 17 de los de la demandada por no llevar el gorro. Ha quedado acreditado que el mes de enero de 2005 la actora tenía dificultades importantes para realizar las labores propias de hornera, al no distinguir adecuadamente los distintos productos utilizados en panadería y bollería desconocer los diversos períodos de fermentación de cada uno de los, los tiempos de cocción o no usar gorro y guantes, estando incapacitada para quedarse sola encargada de la sección. CUARTO: La actora no es ni ha sido en el año anterior a su cese representante legal o sindical de los trabajadores. En fecha 3 de febrero de 2005 se practicó acto de conciliación sin resultado".

TERCERO.- La citada sentencia fué recurrida en suplicación por la letrada D^a María del Mar Sánchez Reyes en nombre y representación de D^a Marí Trini , dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León-Burgos, sentencia con fecha 20 de febrero de 2006 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a Marí Trini contra la sentencia de fecha 16 de mayo de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos de juicio 99/2005 y, con revocación de la misma, estimamos íntegramente la demanda interpuesta por D^a Marí Trini frente a la empresa "MERCADONA, S.A.", y declaramos que su cese en la empresa demandada es constitutivo de despido nulo, condenando a ésta a estar y pasar por tal declaración, y a que, por tanto, proceda a la readmisión inmediata de la trabajadora en el mismo puesto y condiciones de trabajo en que venía prestando servicios, así como al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 7 de enero de 2005, hasta que la readmisión tenga lugar, a razón de 32,80 euros diarios".

CUARTO.- El letrado D. Pedro del Rosal García, en nombre y representación de MERCADONA, S.A., mediante escrito presentado el 2 de junio de 2006, 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 de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife de 17 de febrero de 2004 (recurso nº 1045/03). SEGUNDO.- Se alega la infracción del *art. 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores* .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y no habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de declarar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 19 de Julio de 2007, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina es la interpretación que deba darse al *art. 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores -ET-* (redacción dada por *Ley 39/1999*) en los supuestos de despido de mujeres embarazadas. Se trata, concretamente, de determinar si es necesario o no, para poder calificar de nulo el despido, el conocimiento del hecho de la gestación por parte del empresario.

En lo que ahora nos interesa, la redacción del indicado artículo es la siguiente: "Será nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador. Será también nulo el despido en los siguientes supuestos : (...) b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la fecha del comienzo del período de suspensión" del contrato de trabajo por maternidad. La incorporación a nuestro ordenamiento laboral del *precepto reproducido se propone, como explica la exposición de motivos de la citada Ley 39/1999* , de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la "trasposición a la legislación española" de determinadas normas de Derecho Comunitario. La norma traspuesta en el *art. 55.5 .b.* es el *art. 10 de la Directiva 92/85* , que, en términos muy parecidos a los de dicho precepto, establece "como garantía para las trabajadoras" la "prohibición" del despido "durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad".

SEGUNDO.- Para determinar si concurre o no el presupuesto de admisibilidad del recurso del *art. 217 LPL* consistente en la contradicción entre la sentencia recurrida y la señalada como contradictoria, del mismo TSJ. de Canarias, pero en su Sala de lo Social de Santa Cruz de Tenerife, debemos verificar la comparación entre los hechos, fundamentos y pretensiones de ambas sentencias.

En el caso de la recurrida, la actora, que prestaba servicios como hornera-cajera desde el 29-9-04 para la empresa demandada Mercadona, S.A., y conocía su estado de embarazo desde el 27 de diciembre de 2004, fue cesada con efectos del 7 de enero de 2005, sin que conste que se le notificase al empresario o éste conociese dicho estado. Se declara probado que, durante ese período de formación, la actora faltó o llegó tarde al trabajo en alguna ocasión, que no se ponía los guantes o el gorro en horas de trabajo y que tenía dificultades importantes para realizar las labores propias de hornear. La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, estimó en parte la demanda y declaró la improcedencia del despido con las consecuencias correspondientes, pero la Sala de lo Social del TSJ de Canarias (con sede en Las Palmas de Gran Canaria) estimó el recurso de suplicación de la actora y declaró nulo el despido.

En este recurso de casación unificadora, combate la empresa condenada esa declaración de nulidad -que la sentencia recurrida basa en que, al no tratarse de un despido disciplinario que en ningún caso podría ser calificado como procedente, necesariamente ha de serlo de nulo- por entender que, la interpretación del citado *art. 55.5.b) del E.T.* impone que para la declaración de nulidad exista por parte del empresario conocimiento del embarazo de la trabajadora, pues sin ese conocimiento no puede hablarse de discriminación.

En el caso de la sentencia de contraste se trata también de una trabajadora que fue despedida en fecha en que ella misma desconocía su embarazo, aunque si lo conociese ya cuando posteriormente se celebró el acto de conciliación, por lo que solicitó entonces la declaración de nulidad, a la que luego se opuso la empresa, si bien reconoció la improcedencia del despido, aduciendo que desconocía la situación de embarazo al tiempo del despido y que por tanto no hubo ánimo discriminatorio.

TERCERO.- La cuestión aquí planteada ha sido resuelta, con eficacia unificadora, por nuestra sentencia de 19 de julio de 2006 (Rec. 387/05), a cuyo criterio debemos atenernos por razones de seguridad jurídica, en los siguientes términos:

"Además del argumento anterior, que bastaría por sí solo para sustentar la opción interpretativa acogida, el conocimiento por parte del empresario del estado de gestación como ingrediente del despido nulo de la mujer embarazada se apoya en otras razones. Una de ellas es que la exigencia de este requisito se ajusta plenamente al principio de "seguridad jurídica" (*art. 9.3. CE*), lo que no sucede con la tesis contraria.

El principal ingrediente de la seguridad jurídica es la certeza (DRAE : "conocimiento seguro y claro de algo") del derecho. Pues bien, la certeza del derecho se sacrifica en la tesis de la nulidad objetiva más allá de lo que parece razonable e inevitable en la vida jurídica, en cuanto que la calificación de nulidad del despido, reservada a conductas empresariales merecedoras de un reproche especialmente severo, se hace depender en los supuestos de despido de mujeres en edad de procrear del dato totalmente azaroso del estado de gestación, imposible de conocer durante un cierto tiempo incluso por la propia mujer embarazada. Este es el caso, por cierto, en el recurso que debemos resolver ahora, donde la trabajadora despedida no tenía constancia médica de su estado de embarazo, acreditado según el relato fáctico por prueba posterior al despido.

Aunque el Tribunal Constitucional no se haya pronunciado sobre el alcance del precepto legal que debemos aplicar en esta sentencia (seguramente por diversas razones, cronológicas unas, y de competencia jurisdiccional otras), lo cierto es que la jurisprudencia constitucional sí ha tenido ocasión de resolver sobre la discriminación por embarazo a la luz del *art. 14 CE* . En estos supuestos litigiosos el intérprete supremo de la Constitución ha venido entendiendo, en la misma línea que se adopta en esta sentencia, que el conocimiento empresarial de la gestación es requisito constitutivo de la conducta discriminatoria (STC 41/2002 , de 25 de febrero, y STC 17/2003, de 23 de enero).

Una razón adicional en favor de la decisión adoptada en esta sentencia combina un argumento de interpretación histórica con un argumento de interpretación conforme a Derecho Comunitario. Como ya se ha dicho, una de las fuentes de inspiración de la *Ley 39/1999* es la *Directiva 92/85*. Esta disposición comunitaria enfoca también la "prohibición de despido" de la trabajadora embarazada (*art. 10*) como una norma cuyo propósito es no "desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo" y evitar que se atente contra la "igualdad de trato entre hombres y mujeres" (exposición de motivos), con lo que el móvil discriminatorio se eleva también a la condición de ingrediente necesario de la norma comunitaria de prohibición del despido de la mujer embarazada.

Es más, a diferencia de lo que sucede en la legislación española (más favorable en éste y en otros

muchos aspectos de la protección de la maternidad que la normativa comunitaria de condiciones mínimas), la regulación de la *Directiva 92/85* exige por la vía indirecta de una definición ad hoc una garantía reforzada del conocimiento del embarazo por parte del empresario, que es el deber de comunicación de la propia trabajadora embarazada. Así resulta de la "definición" de "trabajadora embarazada" que incluye el *art. 2.a) de la citada Directiva* : "A efectos de la presente Directiva se entenderá por : a) trabajadora embarazada : cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales".

De acuerdo con estas premisas normativas, y en contra de lo que se ha insinuado en algunas resoluciones jurisdiccionales, la jurisprudencia comunitaria no ha declarado inexigible el requisito en cuestión. No lo hacen, desde luego, las sentencias que se suelen citar a tal propósito, que son las dictadas en los asuntos *TeleDanmarck* (en ella la embarazada había comunicado a la empresa el estado de embarazo antes de que se produjera el despido) y *Jiménez Melgar* (en ella no se resuelve sobre despido sino sobre no renovación discriminatoria de contrato temporal), ambas de 4 de octubre de 2001. Y tampoco lo ha hecho más recientemente la sentencia dictada en el asunto *Busch* (donde se enjuicia no un despido sino una reincorporación anticipada al trabajo de trabajadora embarazada que disfrutaba "permiso de crianza") , de fecha 27 de febrero de 2003.

La exigencia de que el empresario conozca el embarazo para que se pueda calificar como nulo el despido de la mujer embarazada, aparte de ser consustancial a la caracterización de este supuesto particular como despido discriminatorio, no desvirtúa en absoluto la eficacia protectora del *art. 55.5.b ET* . Este precepto proporciona a las mujeres en estado de gestación una ventaja procesal muy poderosa para la defensa de su puesto de trabajo, que es la presunción legal iuris et de iure (*art. 385.3 LEC*) del móvil discriminatorio.

A diferencia del supuesto genérico de despido discriminatorio, en que el trabajador ha de acreditar un panorama discriminatorio respecto de un tertium comparationis, en esta modalidad específica de despido discriminatorio la trabajadora sólo tiene que probar que el empresario conocía su estado de gestación. Pero, como toda presunción, la establecida en el *art. 55.5.b. ET* ha de apoyarse en un "hecho indicio", puesto que si no hay "hecho indicio" no puede haber presunción (*art. 385.1 LEC*). En el caso del *art. 55.5.b. ET* el hecho indicio no es otro que el conocimiento del empresario de la situación de embarazo. Sobre esta base se sustenta el hecho presunto (irrebatible porque se trata de una presunción legal iuris et de iure) del móvil discriminatorio.

En todo caso, como se apuntó anteriormente, nuestro ordenamiento no exige la "comunicación" al empresario del estado de embarazo. Basta con que éste tenga conocimiento del mismo, bien porque sea apreciable a simple vista bien porque el hecho sea conocido en el centro de trabajo (éste era por cierto el supuesto de *STC 17/2003*), para que corresponda automáticamente la calificación de nulidad, siempre y cuando no concurren razones que justifiquen la calificación de improcedencia".

CUARTO.- La conclusión de todo el razonamiento anterior es la estimación del recurso interpuesto por la empresa de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal y, resolviendo el debate de suplicación, la desestimación del recurso de la trabajadora y la confirmación de la sentencia de instancia, que había desestimado la demanda de nulidad de despido.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por MERCADONA, S.A., contra la sentencia dictada el 20 de febrero de 2006 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias-Las Palmas de Gran Canaria , en recurso de suplicación nº 1192/05, interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de mayo de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, en autos núm. 99/05 , seguidos a instancias de DOÑA Marí Trini contra MERCADONA, S.A. y FONDO DE GARANTIA SALARIAL sobre DESPIDO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida. Resolviendo el debate de suplicación, desestimamos el recurso de la trabajadora y confirmamos la sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda de nulidad de despido. Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir. Sin costas.

Devuélvase 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. Jesús Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Id Cendoj: 28079140012007101042
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3656/2006
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JOAQUIN SAMPER JUAN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DESPIDO. SUPUESTO ABUSO DE DERECHO Y FRAUDE DE LEY EN LA FIJACION DEL PERIODO DE PRUEBA. FALTA DE CONTRADICCION.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Septiembre de dos mil siete.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de D. Juan María contra sentencia de 31 de mayo de 2006 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por Estudio Manila S.L. contra la sentencia de 18 de septiembre de 2005 dictada por el Juzgado de lo Social de Alicante nº 3 en autos seguidos por D. Juan María frente a Estudio Manila, S.L. y FOGASA sobre despido.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de octubre de 2005 el Juzgado de lo Social de Alicante nº 3 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por Juan María , contra ESTUDIO MANILA, S.L., debo declarar y declaro la improcedencia del despido de la parte actora, condenando a la parte demandada a que en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión de la parte actora a su puesto de trabajo en las mismas condiciones anteriores al despido, con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta el 16-9-05 o a que indemnice a la misma con 380,70 euros, más los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta el 16-9-05, debiendo la demandada poner en conocimiento de este Juzgado, en el referido plazo de cinco días, si opta o no por la readmisión".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- El actor Juan María , mayor de edad, con NIE nº NUM000 , con domicilio en Alicante, ha venido prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa demandada ESTUDIO MANILA, S.L., dedicada a la actividad de inmobiliaria, con la categoría profesional de comercial, salario de 761,27 euros mensuales incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias y antigüedad desde el 17-3-05, en virtud de un contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción, consistentes en "aumento de la clientela", en el que se pactó una duración de seis meses, hasta el 16-9-05 y un periodo de prueba de seis meses. SEGUNDO.- El día 11 de julio de 2005 el jefe de personal de la empresa demandada comunicó verbalmente al actor su cese en la empresa por no haber superado el periodo de prueba. TERCERO.- No consta que el actor ostentara la condición de representante legal o sindical de los trabajadores. CUARTO.- La empresa demandada recibió treinta y siete notas de encargo en el año 2004, tres en enero de 2005 y cinco en febrero de 2005. QUINTO.- Con fecha 12-8-05 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC que concluyó sin avenencia".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Estudio Manila, S.L. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia la cual dictó sentencia en fecha 31 de mayo de 2006 en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la

siguiente parte dispositiva: "Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de "ESTUDIO MANILA S.L." contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 DE ALICANTE, en virtud de demanda formulada Juan María , y en su consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella".

CUARTO.- Por la representación procesal de D. Juan María se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 28 de noviembre de 2003 .

QUINTO.- Por providencia de fecha 22 de mayo de 2007 se procedió a admitir a trámite el citado recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de considerarlo improcedente, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13 de septiembre de 2007, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se debate en éste recurso de casación para la unificación de doctrina, y que consiste en determinar si la contratación por parte de la empresa con pacto de prueba ajustado al periodo máximo fijado en el Convenio Colectivo de aplicación, que es superior al establecido en el *art. 14 del Estatuto de los Trabajadores* , puede constituir abuso de derecho y fraude de ley, ha sido resuelta de modo distinto por las sentencias sometidas al juicio de comparación. Veamos pues si concurre o no entre ellas el requisito de la contradicción que el *art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral* exige, inexcusablemente, para poder pasar al examen de la cuestión de fondo planteada.

La sentencia que ahora se recurre, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el día 31 de mayo de 2.006 examinó el supuesto de un trabajador contratado por la empresa como comercial, con contrato eventual por circunstancias de la producción suscrito el 17 de marzo de 2.005, por tiempo de seis meses y con un periodo de prueba expresamente pactado en el contrato, también de seis meses, que es la duración máxima prevista para dicho periodo en el Convenio Colectivo Estatal para las empresas de Gestión y Mediación Inmobiliaria; y, que fue cesado el 11 de julio de 2.003. La sentencia, tras declarar ajustado a derecho el plazo de prueba y negar que éste constituyera un fraude de ley del *art. 6.4 del C. Civil* como se denunciaba en la demanda, estimó el recurso de suplicación interpuesto por la empresa, revocó la resolución de instancia que había declarado la improcedencia del despido del trabajador y absolvió a "Estudio Manila S. L." de la demanda deducida en su contra.

Por su lado, la sentencia invocada como referencial, de 28 de noviembre de 2.003 procedente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , examinó el caso de dos trabajadores, titulados, que habían suscrito contratos para desempleados menores de 30 años, con categoría de ayudantes por tiempo indefinido, la primera el 23-8-99 al amparo de la *Ley 50/98* y el *segundo el 11-9-00* de conformidad con la *Ley 55/99* con las consiguientes bonificaciones para la empresa en las cotizaciones a la seguridad social; en ambos contratos se hizo constar un periodo de prueba de tres años, coincidente con el máximo establecido en el Convenio Colectivo de la empresa "Arthur Andersen S.L."; y fueron cesados el 31-7-02, por no superar el periodo de prueba. La sentencia referencial desestimó el recurso de suplicación interpuesto por la empresa y confirmó el pronunciamiento de instancia que había declarado la improcedencia de los despidos de los actores; razonó a tal fin que si bien el periodo de prueba no puede ser igual en todo tipo de contrataciones, "es difícil aceptar, aun considerando la complejidad de las tareas propias de la empresa auditora y la habitualidad de la polivalencia funcional de la misma, que sean necesarios tres años para que "el riesgo que asuma el empresario al incorporar a personas que no reúnan las condiciones suficientes para los cometidos que hayan de encargárseles" (*art. 8 del C. Colectivo*) sea soportable".

SEGUNDO.- El examen de los datos expuestos obliga a concluir, sin que en esta fase del recurso debamos pronunciarnos sobre lo acertado o no del planteamiento de la demanda, que combate la actuación contractual de la empresa sin discutir la legalidad de las previsiones del Convenio a las que se ajustó, que no cabe apreciar la existencia de contradicción entre las sentencias comparadas.

La Sala constata que, concretado el debate casacional por la parte recurrente a la determinación de la posible existencia de fraude de *ley y abuso de derecho en su contratación -- limita su denuncia jurídica a los arts. 6.4 y 7.2 del C.Civil* en relación con el *art. 14 ET* -- son muy diferentes los hechos probados de los que parten una y otra sentencia. Y no cabe olvidar que es doctrina reiterada de esta Sala que la exigencia legal de igualdad sustancial en los hechos (*art. 217 LPL*) restringe acusadamente la viabilidad del recurso de unificación de doctrina en aquellas controversias, como la presente, en que el debate gira sobre la

existencia de fraude (sentencias de 11 de octubre y 5 de diciembre de 1991(rcud. 195/91 y 626/91), 8 de febrero de 1993 (rcud. 945/92) y 27 de octubre de 1998 (rcud. 3616/97) entre otras), dada la extremada dificultad que supone encontrar términos homogéneos de comparación, cuando la decisión judicial ha de sustentarse sobre una valoración individualizada de las circunstancias de hecho.

TERCERO.- Esa dificultad se pone de manifiesto, una vez más, en este caso. En la recurrida para la valoración del supuesto abuso y fraude se cuenta solo con una contratación eventual, en la que el periodo de prueba pactado, seis meses, coincide con el de duración del contrato. No consta en los hechos probados ningún otro dato, ni tan siquiera si, por la posible titulación exigida al demandante, el periodo pactado excede o no del previsto en el *art. 14 del Estatuto de los Trabajadores* , que establece un plazo de igual duración para los técnicos titulados. Lo único que, en realidad, se alega como fundamento del fraude y del abuso de derecho, además de la genérica invocación de que la empresa debe atenerse no solo a las previsiones del Convenio sino también a la finalidad del instituto del periodo de prueba, es que no cabe hacer coincidir el tiempo de prueba con el de la duración del contrato.

La situación es muy distinta y mas compleja en el caso de la sentencia referencial: allí los contratos no eran eventuales, sino indefinidos, por lo que no podía existir la coincidencia temporal entre prueba y contrato que sirve de fundamento a la pretensión del ahora recurrente; de otro lado, la duración del periodo de prueba, no era de 6 meses, sino de 3 años, con lo que excedía con mucho de la máxima prevista en el ET; finalmente, la empresa obtuvo con las contrataciones, importantes bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, circunstancia que tampoco se da en la sentencia recurrida. No existen pues términos homogéneos de comparación, pues es evidente que las disparidades fácticas puestas de manifiesto, tienen entidad suficiente para explicar, desde el enfoque que se ha dado al debate, que los pronunciamientos contrastados, perfectamente razonados en ambos casos, lleguen a soluciones que pese a ser diferentes no son, sin embargo, contradictorias. Y ello impide establecer doctrina unificada que pudiera ser aplicable indistintamente a ambos supuestos.

CUARTO.- La ausencia del requisito de la contradicción que constituía ya *causa suficiente ex. art. 226.2 LPL* para haber inadmitido inicialmente el presente recurso de casación unificadora, deviene ahora en este momento procesal de dictar sentencia en causa para su desestimación. Y así debe acordarlo la Sala, de conformidad con el precedente informe del Ministerio Fiscal. Sin costas (*art. 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 D. Juan María contra la sentencia de 31 de mayo de 2006 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia , que confirmamos, por la que se resuelve el recurso de suplicación nº 964/06, interpuesto contra la sentencia de 18 de septiembre de 2005 dictada por el Juzgado de lo Social de Alicante nº 3. Sin costas.

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.

Id Cendoj: 28079140012007101044
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2384/2006
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Falta de contradicción. Subrogación empresarial. Aunque las sentencias comparadas contemplan un caso de subrogación de empresas de limpieza y de aplicación del mismo Convenio Colectivo, son diferentes los hechos. En la sentencia de contraste no están al corriente con la S.S., ni consta haber pagado salarios últimos cuatro meses, ni haber liquidado el contrato. En el caso de la sentencia recurrida la empresa al día con la S.S., ha pagado salarios últimos 4 meses y sólo ha dejado de acreditar la liquidación partes proporcionales de haberes por fin contrato. Además, parece que la no contratación fue inducida por la empresa titular del centro comercial a limpiar.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Septiembre de dos mil siete.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don José Miguel Rubio Encinas en nombre y representación de LIMPIEZAS LA HORMIGA BLANCA, S.L. contra la sentencia dictada el 4 de abril de 2006 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 617/06, interpuesto contra la sentencia de fecha 20 de julio de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid, en autos núm. 600/05, seguidos a instancias de DON Victor Manuel contra LOS DUENDES MADRILEÑOS S.A., LIMPIEZAS LA HORMIGA BLANCA S.L. sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido DON Victor Manuel representado por el Letrado Don Alberto Mansino Martín y LOS DUENDES MADRILEÑOS S.A. representado por el Letrado Don Miguel Angel Forteza Gil.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de julio de 2005 el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- El actor, Don Victor Manuel prestaba servicios para la empresa demandada Los Duendes Madrileños S.A (en adelante DUMA SA) en el Centro de trabajo Centro Comercial Millenium con antigüedad de 1.2.91, categoría profesional de Peón Especializado y percibiendo un salario mensual bruto prorrateado de 785,18 euros. 2º.- Con fecha 11.05.2005, la citada empresa comunicó al trabajador la finalización de la relación laboral el 14.5.2005 al haberse adjudicado el servicio de limpieza del centro a la codemandada Limpiezas la Hormiga Blanca SL, poniendo a su disposición la liquidación y finiquito. 3º.- Con anterioridad, la empresa Limpiezas La Hormiga Blanca SL remitió carta a Duma SA, con fecha 4.5.2005, poniendo en su conocimiento haber resultado adjudicatarios del servicio de limpieza del Centro Comercial Millenium. 4º.- Con fecha 9.5.2005 Duma SA puso a disposición de la empresa entrante la documentación, y con fecha 10.5.2005 le entregó la documentación relativa a la subrogación consistente en certificación de cotización expedida por la TGSS a fecha 18.4.2005, conforme a la cual la empresa Duma SA no tenía pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas con la Seguridad Social; relación de trabajadores con datos personales y circunstancias laborales; boletines de cotización de 12.04 a 3.05; contrato de trabajo del actor y Anexo al mismo y otros, y nóminas del actor del periodo enero-abril 2005-, y de otros, así como otros documentos relativos a otros trabajadores-. 5º.- Limpiezas La Hormiga Blanca SL ha comunicado a las Asociaciones empresariales

AELMA y ASPEL la adjudicación de la contrata del Centro Millenium. 6º.- Mediante burofax de 13.5.2005, Limpiezas La Hormiga Blanca SL comunicó al actor que no acudiera al centro de trabajo, y se personara el 18.5.2005 en las oficinas de la empresa. Por igual medio, le fue notificado el 20.5.2005 que no procedía la subrogación por no cumplir los requisitos del *art. 24 del Convenio*. 7º.- *El actor permaneció en situación de excedencia voluntaria en el periodo 22.4.2002 a 19.2.2004*, realizando desde esa fecha una jornada de 24 horas semanales, de lunes a sábado, y trabajando los domingos y festivos que abre el centro comercial, percibiendo por esto último una retribución que se abonaba bajo el concepto de dietas y kilometraje, y que en el periodo enero/abril 2005 fue por importe de 255,52 euros. 8º.- Con fecha 4.5.2005 el centro Millenium comunicó a Limpiezas La Hormiga Blanca SL la aceptación del presupuesto para el servicio de limpieza del centro, a partir del 15.5. 2005; en dicha comunicación se expresa literalmente que "se excluye de la plantilla al actor y otra trabajadora". 9º.- Se agotó el trámite previo conciliatorio con el resultado que es de ver en el acta levantada al efecto".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: " Estimo la demanda formulada por DON Víctor Manuel frente a LOS DUENDES MADRILEÑOS SA y LIMPIEZAS LA HORMIGA BLANCA y declaro la improcedencia del despido de que ha sido objeto por parte de LIMPIEZAS LA HORMIGA BLANCA SL, a la que condeno a que, a su elección que deberá manifestar ante este Juzgado en el plazo máximo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia, le readmita en su mismo puesto de trabajo o le abone en concepto de indemnización la cantidad de TRECE MIL QUINIENTOS UN EUROS CON SEIS CÉNTIMOS (13.501,06), entendiéndose que de no optar en dicho plazo procederá la readmisión y condenándose en todo caso al abono de los salarios dejados de percibir desde el 14.5.2005, a razón de SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO EUROS CON DIECIOCHO CÉNTIMOS (785,18) brutos mensuales prorrateados".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por LIMPIEZAS LA HORMIGA BLANCA S.L. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 4 de abril de 2006 , en la que consta el siguiente fallo: " Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte empresa LIMPIEZAS LA HORMIGA BLANCA S.L. contra la sentencia de fecha 20 de julio de 2005 dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid , en autos nº 600/05, seguidos a instancia de Víctor Manuel contra LOS DUENDES MADRILEÑOS S.A. y LIMPIEZAS LA HORMIGA BLANCA S.L., en reclamación por DESPIDO, confirmando la misma, condenando a la empresa recurrente a la pérdida del depósito y consignación efectuados para recurrir y a que abone a cada uno de los impugnantes del recurso la cantidad de 300 euros en concepto de honorarios de Abogado.

TERCERO.- Por la representación de LIMPIEZAS LA HORMIGA BLANCA S.L. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 25 de mayo de 2006, en el que se alega infracción del *artículo 24 del Convenio Colectivo* para el sector de empresas de Limpieza de Edificios y Locales de la CAM- BOCAM de fecha 16 de julio de 2005. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 24 de noviembre de 2003 .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 9 de enero de 2007 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 12 de septiembre de 2007, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La sentencia recurrida, dictada el día 4 de abril de 2006 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso nº 671/2006, contempla el caso de un trabajador, empleado en una empresa de limpieza, adjudicataria de la limpieza de determinado centro comercial en el que empleaba al citado, que vio rescindido su contrato por la finalización de la contrata, sin que la nueva adjudicataria aceptara hacerse cargo del mismo e incorporarlo a su plantilla, como hizo con otros empleados de la contratista saliente, a los que daba ocupación en la limpieza del mismo centro comercial. La titular del centro comercial, al hacer la adjudicación de la contrata indicó que serían excluidos de la plantilla el trabajador demandante y otra empleada. La nueva adjudicataria, hoy recurrente, rechazó la incorporación del actor a su plantilla, so pretexto de que no se habían cumplido todos los requisitos establecidos al efecto por el Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Madrid, ya que no se le había

aportado por la empresa saliente la liquidación de partes proporcionales de sus haberes hasta el momento de la subrogación, aunque si se le habían entregado las nóminas de los últimos cuatro meses, los boletines de cotización a la Seguridad Social y certificación expresiva de que la empresa saliente se encontraba al corriente con la Seguridad Social. La sentencia recurrida confirma la de la instancia que declaró improcedente el cese del actor y responsable del mismo a la nueva adjudicataria, quien debería optar entre la readmisión del trabajador o el abono de la indemnización que señalaba si decidía rescindir el contrato.

2. El recurso de casación en unificación de doctrina que se interpone contra la anterior sentencia, alega como sentencia de contraste la dictada por el mismo Tribunal en el Recurso nº 3372/03 el día 24 de noviembre de 2003. En el mismo se contemplaba, igualmente, la sucesión en determinada contrata de dos empresas de limpieza. Y, como la empresa saliente no había dado a la nueva adjudicataria el certificado de estar al día en sus obligaciones con la Seguridad Social, incluso, posteriormente, se acreditó que debía determinada cantidad; las nóminas entregadas eran ilegibles y no se había entregado el documento acreditativo de la liquidación de haberes practicada por la empresa saliente a sus empleados, al tiempo de la subrogación, la sentencia estimó que no concurrían los requisitos exigidos por el Convenio Colectivo aplicable para que operara la subrogación, razón por la que declaró la improcedencia del despido y la responsabilidad al efecto de la empresa saliente de la contrata.

3. Como las partes recurridas y el Ministerio Fiscal alegan en primer lugar la falta de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, se hace preciso en primer lugar, examinar si las sentencias comparadas son contradictorias, pues de no serlo el recurso sería inadmisibile, conforme al *artículo 217 de la L.P.L.* . . En tal sentido conviene recordar que es doctrina de esta Sala: " Como señala la sentencia de esta Sala de 28-3-2006 (Rec. 2336/05): "es conocida por reiterada la doctrina de esta Sala en relación con el requisito de la contradicción que exige el *art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral* entre la sentencia que se impugna y otra de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Según ella, la contradicción " requiere no solo que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos, sino que estos recaigan ante controversias esencialmente iguales; porque la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales" (sentencias de 27 y 28-1-92 [recs. 824/91 y 1053/91], 18-7, 14-10 y 17-12-97 [recs. 4067/96, 94/97 y 4203/96], 17-5 y 22-6-00 [recs. 1253/99 y 1785/99], 21-7 y 21-12-03 [recs. 2112/02 y 4373/02] y 29-1 y 1-3-04 [recs. 1917/03 y 1149/03] entre otras muchas).

Por esa razón, el término de referencia en el juicio de contradicción, ha de ser necesariamente "una sentencia que, al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente" y, por ello, la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate ha sido planteado en suplicación. Sentencias de 13-12-91 [rec. 771/91], 5-6 y 9-12-93 [recs. 241/92 y 3729/92], 14-3-97 [rec. 3415/96], 16 y 23-1-02 [recs. 34/01 y 58/01]. 26-3-02 [rec.1840/00], 25-9-03 [rec. 3080/02] y 13-10-04 [rec. 5089/03] entre otras). De otro lado, la Sala ha señalado con reiteración que los fundamentos que han de compararse no son los de las sentencias, sino los de las pretensiones y resistencias de las partes (sentencias de 25-5-95 [rec. 2876/94], 17-4-96 [rec. 3078/95], 16-6-98 [rec. 1830/97] y 27-7-01 [rec. 4409/00] entre otras)".

En el presente caso resulta que, aunque es cierto que las sentencias comparadas contemplan el caso de una sucesión en una contrata de limpieza y resuelven si existe o no obligación de la nueva adjudicataria de subrogarse en las obligaciones que la antigua tenía para con los trabajadores que empleaba en la contrata, para lo que ambas aplican el *artículo 24 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid*, no lo es menos que con ello se agotan las semejanzas entre uno y otro supuesto, así como que son sustanciales las diferencias entre uno y otro caso. En efecto, en el caso de la sentencia de contraste la empresa saliente de la contrata no facilitó a la entrante el certificado de estar al corriente de sus cotizaciones a la Seguridad Social, ni las nóminas pagadas durante los cuatro meses anteriores a la extinción de la contrata, pues entregó documentos ilegibles, ni le entregó el documento acreditativo de que el trabajador había percibido la liquidación de las partes proporcionales de sus haberes hasta el momento de la subrogación, no quedando pendiente cantidad alguna. Por contra, en el caso de la sentencia recurrida la empresa saliente si acreditó estar al corriente con la Seguridad Social y haber abonado las nóminas de los cuatros meses anteriores a la subrogación. Ciertamente que no acreditó a la entrante, dentro de plazo, haber liquidado la parte proporcional de todos los haberes devengados a sus empleados, pero el supuesto no es el mismo, ya que en la sentencia de contraste tampoco se acreditó haber abonado los salarios de los últimos cuatro meses, lo que era más grave, máxime cuando tampoco se acreditaba estar al corriente con la Seguridad Social. Por ello, cabe concluir que los incumplimientos empresariales de la saliente en orden a la subrogación de la entrante en sus obligaciones con sus empleados fueron más importantes y relevantes, en el caso que resuelve la sentencia de contraste. Si a lo expuesto se une que en el caso de la sentencia recurrida consta que el titular del centro comercial a limpiar impuso a la nueva

adjudicataria de la limpieza que se abstuviera de contratar al actor y a otra trabajadora y que la nueva contratista dió empleo a los demás trabajadores de la antigua, sin que conste que con respecto a ellos recibiese el documento de liquidación de su contrato, hechos que no se produjeron en el caso de la sentencia de contraste, cabe concluir que los supuestos comparados no son sustancialmente idénticos, sino diferentes, al ser distintos los hechos, fundamentos y pretensiones que son objeto de las resoluciones comparadas.

La falta de contradicción entre las resoluciones comparadas es causa de inadmisión del recurso, conforme al *artículo 217 de la L.P.L .*, causa de inadmisión que en este momento es causa de desestimación del recurso, con imposición a la recurrente de las costas causadas y con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

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 unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don José Miguel Rubio Encinas en nombre y representación de LIMPIEZAS LA HORMIGA BLANCA, S.L. contra la sentencia dictada el 4 de abril de 2006 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , en recurso de suplicación nº 617/06, interpuesto contra la sentencia de fecha 20 de julio de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid, en autos núm. 600/05 , seguidos a instancias de DON Víctor Manuel contra LOS DUENDES MADRILEÑOS S.A., LIMPIEZAS LA HORMIGA BLANCA S.L. sobre DESPIDO. Se condena al recurrente al pago de las costas y se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal.

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. José Manuel López 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.

Id Cendoj: 28079140012007101016
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3115/2006
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Disfrute de vacaciones dentro del año natural y fuera del periodo acordado colectivamente que coincide con la incapacidad temporal del trabajador. Estimación de condición más beneficiosa en IVECO PEGASO. Reitera TS 5-6-2007, R. 4812/05, y 27-6-2007, R. 1775/06, entre otras.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Julio de dos mil siete.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de IVECO PEGASO, S.L., contra sentencia de fecha 19 de junio de 2006 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede en Valladolid, en el recurso nº 1108/06, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2005 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Valladolid, en autos nº 355/05, seguidos por D. Cristobal , frente a IVECO PEGASO, S.L., sobre Derechos y Cantidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el Letrado Sr. Ferreira Cunquero, en nombre y representación de D. Cristobal .

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JOSÉ LUIS GILOLMO LÓPEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de septiembre de 2005 el Juzgado de lo Social nº 2 de Valladolid dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: " Que estimando en lo procedente la demanda formulada por Don Cristobal contra Iveco Pegaso, S.L., en reclamación de Reconocimiento de Derechos y Cantidad, debo condenar y condeno a la demandada a abonar al actor, por el concepto de vacaciones no disfrutadas del año 2004 (30 días) la cantidad de 1.729,10 Euros, desestimando la demanda en lo demás, de lo que absuelvo a la demandada. Se previene a las partes que contra la presente sentencia no cabe recurso por razón de la cuantía. "

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " 1. El actor DON Cristobal , mayor de edad, cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de su demanda, ha venido prestando sus servicios laborales para la empresa demandada IVECO PEGASO, S.L. desde el 7.1.64, con categoría profesional de Especialista y percibiendo una retribución mensual de 1.729,10 Euros. 2. El demandante ha estado en situación de Incapacidad Temporal por Enfermedad Común del 29 de abril de 2004 hasta el día 15 de noviembre de 2004. 3. El periodo de vacaciones para la totalidad de la plantilla es del 1 a 31 de agosto. Interesado por el actor el disfrute de vacaciones tras el alta, la empresa le señaló que no tenía derecho. 4. Ha sido práctica habitual de la empresa desde hace más de 20 años conceder un nuevo periodo de vacaciones por los días que no pudieron ser disfrutados, por encontrarse en situación de Incapacidad Temporal, cuando dicha contingencia se producía con anterioridad a la fecha del disfrute de las vacaciones, en tales casos las vacaciones se disfrutaban tras el alta, situación ésta que la empresa ha venido manteniendo hasta el año 2003. 5. En el vigente Convenio Colectivo de empresa (doc. 71) cuyo ámbito temporal de aplicación es de 1-1-01 a 31-12-04 en su art. 32 se señala: "La duración del período de vacaciones será de 30 días naturales seguidos, salvo pacto en contrario, o de la parte proporcional

correspondiente en el supuesto de ser inferior al año, la antigüedad del trabajador. El periodo oficial de vacaciones, será elaborado de común acuerdo, conforme a lo descrito en el artículo sobre el calendario laboral. Por necesidades de la empresa y previa información al Comité, las vacaciones pactadas en el Calendario laboral, podrán adelantarse o retrasarse, siempre que todo el periodo quede comprendido entre el 1 de julio y el 31 de agosto, y con la siguiente operativa: antes de finalizar el mes de febrero, se fijarán las secciones y turnos afectados por el cambio de vacaciones. Los turnos de las secciones afectadas tendrán carácter rotativo". 6. El actor solicita se le abone 1.729,10 Euros correspondientes al mes de vacaciones no disfrutado. 7 Se presentó papeleta de demanda de conciliación ante el SMAC, habiéndose celebrado acto de conciliación con el resultado de intentado sin efecto. 8. Se presentó demanda ante el Juzgado decano que fue turnada a este Juzgado".

TERCERO.- La sentencia fue recurrida en suplicación por la parte demandada, dictándose auto en fecha 3-10-05 por el Juzgado de lo Social , teniendo por no anunciado recurso de suplicación, declarando firme la sentencia. La parte demanda interpuso recurso de reposición, dictándose auto el 22-11-05 , desestimando el recurso interpuesto y confirmando el auto de 3-10-05. Por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, se dictó Auto en fecha 20-2-05 , por que se estima el recurso de Queja interpuesto por IVECO PEGASO, S.L. contra el Auto de fecha 22-11-05 , declarando la recurribilidad de la Sentencia de 22-9-05 dictada por el Juzgado de lo Social , y tener por interpuesto el recurso de suplicación frente a dicha sentencia.

CUARTO.- La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, dictó sentencia en fecha 19 de junio de 2006 , 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 formulado por IVECO PEGASO, S.L. contra la sentencia dictada en fecha 22 de septiembre de 2005 por el Juzgado de lo Social número Dos de Valladolid (Autos 355/05), en virtud de demanda promovida por D. Cristobal contra Iveco Pegaso, S.L., sobre Vacaciones, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos el fallo de instancia. Se decreta la pérdida del depósito y consignación efectuados para recurrir lo que se realizará una vez sea firme esta resolución. Se condena en costas a la recurrente, incluyendo la minuta de honorarios del letrado de la recurrida que impugnó el recurso por importe de 300 euros".

QUINTO.- Por el Letrado D. Miguel Angel Cruz Pérez, en nombre y representación de IVECO PEGASO, S.L., se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 22 de julio de 2004 , en el recurso nº 2023/04.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 21 de marzo de 2007 se procedió a admitir el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de julio de 2007, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El actor viene prestando servicios para la demandada Iveco Pegaso S. L., empresa cuyo convenio colectivo ha fijado el periodo de vacaciones para la totalidad de la plantilla del 1 al 31 de agosto. El demandante permaneció en situación de incapacidad temporal por enfermedad común desde el 29 de abril al 15 de noviembre de 2004 y pretende, en vía jurisdiccional, que se declare su derecho a disfrutar 30 días de vacaciones o subsidiariamente se le abone la cantidad de 1.729,10 euros en concepto de indemnización por los días de vacaciones no disfrutados por causa imputable a la empresa.

La sentencia de instancia ha estimado la petición subsidiaria de la demanda y ha condenado a la empresa demandada a abonar al demandante la mencionada cantidad por el concepto de vacaciones no disfrutadas, pronunciamiento que ha sido confirmado en suplicación por la sentencia de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 19 de junio de 2006.

El hecho probado cuarto de dicha sentencia afirma que ha sido práctica habitual de la empresa, desde hace mas de 20 años, conceder un nuevo periodo de vacaciones por los días que no pudieron ser disfrutados por los trabajadores al encontrarse en situación de incapacidad temporal, cuando dicha contingencia se producía con anterioridad a la fecha del disfrute de vacaciones, de modo que, en tales casos, el periodo vacacional se disfrutaba después del alta del trabajador, situación ésta que la empresa ha venido manteniendo hasta el año 2003. La sentencia valora, además, el hecho de que durante los años 2001 y 2002, -aún vigente ya el nuevo convenio- el empresario ha continuado concediendo las vacaciones a los trabajadores que al inicio de las mismas se encontraban en incapacidad temporal, para concluir que esta

práctica por la habitualidad, regularidad y persistencia, constituye una condición mas beneficiosa, que se ha incorporado al nexo causal, y que no puede ser desvirtuada por la voluntad unilateral del empleador.

2.- La empresa demandada ha recurrido en casación para la unificación de doctrina frente a la repetida sentencia del Tribunal de Valladolid y ha aportado como sentencia contraria la pronunciada por análogo Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 22 de julio de 2004, R. 2023/04 .

Esta sentencia estima el recurso de la misma empresa aquí demandada, y revoca la sentencia de instancia que la había condenado a conceder al actor 30 días de vacaciones, correspondientes al año 2003. También, en este supuesto, el actor había permanecido en incapacidad temporal desde el 22 de julio al 12 de septiembre, habiéndose fijado el periodo de vacaciones en la empresa para toda la plantilla en el mes de agosto.

3.- Un examen comparado entre las sentencias impugnada y contraria permite concluir que en el presente recurso, al igual que sucedía en otros precedentes de esta Sala a los que luego se aludirá, concurre el presupuesto procesal de contradicción. Ello es así, porque una y otra sentencia han resuelto idéntica cuestión consistente en que el mismo Convenio Colectivo ha fijado para la totalidad de la plantilla el disfrute de las vacaciones el mes de agosto, y el problema planteado es si el trabajador que no pudo ejercer este derecho de disfrute el citado mes por encontrarse de baja por enfermedad, que se inició con anterioridad a dicho mes, tiene derecho a las vacaciones después de transcurrido el periodo de disfrute general. Consta, también, en la sentencia de contraste, que hasta el año 2003 -es decir durante los años 2001 y 2002, como precisa la parte recurrida- ha sido costumbre en la empresa que el trabajador que no ha podido disfrutar de vacaciones dentro del calendario, lo pudiera hacer fuera de él (hecho quinto), y sin embargo la sentencia de contraste niega la condición mas beneficiosa.

SEGUNDO.- Verificada la existencia del presupuesto de contradicción, resulta obligado desestimar el recurso porque el derecho debatido constituye en este caso una condición más beneficiosa, tal como ha determinado la doctrina que esta Sala Cuarta, entre otras, en sus recientes sentencias de 5 y 27 de junio de 2007 (R. 4812/05 y 1775/06), cuyos recursos alegaban igualmente la infracción del *artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores* , en relación con los *artículos 1091 y 1105 del Código Civil*, y que, en su fundamento jurídico segundo , su contenido literal se reproduce a continuación:

"La resolución del asunto exige determinar si la conducta o práctica de empresa a que se refiere el trabajador constituye o no «condición más beneficiosa». Al efecto, de dicha condición más beneficiosa, es de señalar, lo que se pasa a exponer:

1) La STS de 24 de septiembre de 2005, recaída en Recurso de Casación núm. 119/03 afirma que: «No siempre es tarea sencilla determinar si esa situación jurídica se produce, pues es necesario analizar todos los factores y elementos para saber, en primer lugar, si existe la sucesión de actos o situaciones en la que se quiere basar el derecho; y en segundo lugar; si realmente es la voluntad de las partes en este caso de la empresa, el origen de tales situaciones.»

Esta Sala ha afirmado al respecto, (STS 20 de mayo de 2002, recurso 1235/2001 , con cita de la sentencia de 11 de marzo de 1998 (recurso 2616/97) que para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que la misma se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama; por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (STS 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996), de modo que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual "en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho" (STS 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 julio de 1996) y se pruebe, "la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo" (sentencia de 25 de enero de 1995 , 31 de mayo y 8 de julio de 1996).

Es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio lo que impide su disposición por decisión unilateral del empresario y produce la consecuencia de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas.

2) En el supuesto litigioso, como se constata en la sentencia impugnada, la empresa desde hacía más de veinte años venía concediendo un nuevo período de vacaciones por los días que no pudieron ser disfrutados por los trabajadores que se encontraban en situación de incapacidad temporal, siempre que dicha contingencia se produjera con anterioridad a la fecha de inicio del disfrute de las vacaciones. En el vigente Convenio Colectivo de empresa, cuyo ámbito temporal de aplicación es de 1 de enero de 2001 a 31

de diciembre de 2004, la regulación de las vacaciones se hace en el *artículo 32*, a cuyo tenor: «La duración del período de vacaciones será de 30 días naturales seguidos, salvo pacto en contrario, o de la parte proporcional correspondiente en el supuesto de ser inferior al año, la antigüedad del trabajador. El período oficial de vacaciones, será elaborado de común acuerdo, conforme a lo descrito en el artículo sobre el calendario laboral. Por necesidades de la empresa y previa información al Comité, las vacaciones pactadas en el Calendario laboral, podrán adelantarse o retrasarse, siempre que todo el período quede comprendido entre el 1 de julio y el 31 de agosto, y con la siguiente operativa: antes de finalizar el mes de febrero, se fijarán las secciones y turnos afectados por el cambio de vacaciones. Los turnos de las secciones afectadas tendrán carácter rotativo».

Durante los años 2001 y 2002, es decir, vigente ya el nuevo convenio, la empresa ha continuado concediendo las vacaciones a los trabajadores que se encontraban en incapacidad temporal en el momento de inicio de las mismas, en la forma antedicha que venía siendo practica habitual durante más de veinte años.

3) Siendo ello así es obvio que por la habitualidad, regularidad y persistencia en su disfrute en el tiempo, esta condición se ha incorporado al vínculo contractual de forma que no puede ser suprimida, ni reducida unilateralmente por el empresario, a no ser que las partes hayan alcanzado un nuevo acuerdo o se haya producido su neutralización en virtud de una norma posterior, legal o paccionada, que altere la situación anterior con algún beneficio o utilidad de análogo significado. En consecuencia la antedicha forma de disfrute de las vacaciones de los trabajadores en situación de incapacidad temporal constituye una condición más beneficiosa, incorporada al nexo contractual del actor, hoy recurrido, y al haberlo entendido así el juzgador de instancia, procede la desestimación del recurso formulado.

TERCERO.- En virtud de lo expuesto y en cuanto la sentencia impugnada no infringe la ley ni quebranta la doctrina se impone la desestimación del presente recurso. Sin costas a tenor de lo dispuesto en el *artículo 233.2 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 por el Letrado D. Miguel Angel Cruz Pérez, en nombre y representación de IVECO PEGASO, S.L., contra la sentencia dictada en fecha 19 de junio de 2006 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, en el recurso de Suplicación núm. 1108/06, interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia dictada en 22 de septiembre de 2005 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Valladolid en los autos núm. 355/05 seguidos a instancia de D. Cristobal, sobre derechos y cantidad. 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. José Luis Gilolmo López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.