



Roj: STSJ M 910/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:910
Id Cendoj: 28079340052015100087
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Recurso: 755/2014
Nº de Resolución: 35/2015
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: ALICIA CATALA PELLON
Tipo de Resolución: Sentencia

Rec. **755/2014** -ag-

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , 914931935 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

NIG : 28.079.00.4-2012/0007345

Procedimiento Recurso de Suplicación 755/2014

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid Despidos / Ceses en general 948/2012

Materia : Despido

Sentencia número: 35

Ilmos. Sres

D./Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

D./Dña. AURORA DE LA CUEVA ALEU

D./Dña. ALICIA CATALA PELLON

En Madrid a veintiséis de enero de dos mil quince habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación **755/2014**, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. FRANCISCO JAVIER CARBONELL RODRIGUEZ en nombre y representación de D./Dña. Julia , contra la sentencia de fecha 23 de abril de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 948/2012, seguidos a instancia de D./Dña. Julia frente a D./Dña. Jose Miguel , D./Dña. Alexis y LAMBERTS ESPAÑOLA, S.L., en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. ALICIA CATALA PELLON, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- *La parte actora, DOÑA Julia , con DNI NUM000 , en su calidad de FUE DESIGNADA POR LA JUNTA GENERAL ORDINARIA UNIVERSAL, de accionistas de la sociedad LAMBERTS ESPAÑOLA S.L. presidida por ella misma administradora única de la sociedad, y realizando desde dicha fecha las funciones propias de su cargo, habiendo sido designada por tiempo indefinido, siendo ratificada en dicho cargo por acuerdo de la Junta General Universal de la sociedad celebrada en fecha 28/6/2.012, habiéndose hecho constar su condición de Administradora única y el ejercicio de sus funciones de forma plena, sin que hasta dicha fecha se le hubieran limitado sus funciones, haciendo dicha declaración ante el notario de Madrid, don Ignacio Gomá Salcedo quien hace constar tal extremo en el acta de presencia realizada el 10/7/2.012, El contenido de dicha acta consta como documento 4 y se da íntegramente por reproducido.*

SEGUNDO.- En fecha 14/3/2.011 se celebra junta de accionistas, siendo presidida por doña Julia en la que entre otros puntos se propuso la firma, con efectos desde el nombramiento de la actual administrador de la sociedad de un contrato de algo cargo cuyo objeto sea la prestación de servicios de gerencia en todas las áreas de la sociedad, de carácter presencial y sujeción a horario, mediante una retribución de 15 mensualidades de 8.000 euros, cada una más una cláusula de indemnización por extinción del contrato de 2 anualidades de retribución bruta, ya en caso de desistimiento, como de despido o de resolución contractual. Dicho punto es aprobado por unanimidad.

TERCERO.- En fecha 15/3/2.011 se celebra un contrato en el que figuran de una parte LAMBERTS ESPAÑOLA S.L., representada por doña Julia , en su calidad de administradora única de la Mercantil y de otra DOÑA Julia en su propio nombre, en el que acuerdan suscribir un contrato para que doña Julia DESEMPEÑE EL CARGO DE Gerente-Jefa de ventas de la empresa LAMBERTS ESPAÑOLA S.L., declarando la existencia de una relación laboral especial, sujeta al Real Decreto 1.382/1985, con efectos de 18/6/2.010. El contenido de dicho contrato consta en el documento 2 adjuntado con la demanda y su contenido se da íntegramente por reproducido.

CUARTO.- En fecha 9/5/2.011 se celebra Junta General de accionista de la sociedad LAMBERTS ESPAÑOLA S.L., constituyéndose la mesa, y decidiéndose que actúe como presidente doña Julia . En dicha Junta se aprueba que perciba por el desempeño de las funciones de Administradora única, la cantidad de 50.000 # y aprueba por unanimidad la firma con efectos desde el nombramiento de la actual administradora de la sociedad de un contrato de alto cargo cuyo objeto sea la prestación de servicios de gerencia en todas las áreas de la sociedad, de carácter presencial y sujeción a horario mediante una retribución de 15 mensualidades de ocho mil euros (8.000) cada una, mas una cláusula de indemnización por extinción de contrato de dos anualidades de retribución bruta, ya en caso de desistimiento como de despido o de resolución contractual..

QUINTO.- En fecha 14/7/2.012 se le comunica carta por la que se le indica que la Junta General Extraordinaria de accionistas de LAMBERTS ESPAÑOLA. S.L. en su sesión de 11 de julio de 2.012, había acordado el cese como administradora única de la mesa, y que dicho cese suponía la terminación de cualesquiera vínculos contractuales, incluso de naturaleza laboral que hubiere podido mantener con LAMBERTS ESPAÑOLA S.L., así como la revocación de cualesquiera poderes de representación de LAMBERTS de los que dispusiera y con todos los demás efectos legalmente previstos desde dicho día, debido a la pérdida de confianza y de la actuación en claro detrimento del interés social. El contenido de dicha carta, figura como documento 3 adjuntado con la demanda y su contenido se da íntegramente por reproducido.

SEXTO.- LAMBERTS GESTIÓN S.L. fue constituida el 29/6/2.012, siendo su administrador único don Remigio , esposo de doña Julia .

SÉPTIMO.- La parte actora presentó papeleta de conciliación en fecha 16/7/2.012, celebrándose el acto en de conciliación en fecha 3/8/2.012, resultando el mismo sin avenencia respecto de LAMBERTS ESPAÑOLA S.L y sin efecto respecto de don Jose Miguel .

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

Que estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, se declara la incompetencia de la jurisdicción social para el conocimiento de la presente demanda dejando imprejuzgada la cuestión de fondo, sin perjuicio del derecho de las partes a solventar sus diferencias ante el orden civil de la jurisdicción.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte D./Dña. Julia , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 26/09/2014, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 21 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que ha estimado la excepción de incompetencia de jurisdicción, desestimando la demanda formulada por despido, al considerar que la relación que vinculó a las partes, no fue de naturaleza laboral, se alza la representación Letrada de la actora, formulando recurso de suplicación, que estructura a través de doce motivos, de conformidad con los apartados a) (el primero, tercero y octavo), b) (sexto y séptimo) y c) (el segundo, cuarto, quinto, noveno, decimo y décimo segundo) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , que ha sido impugnado.

La primera cuestión que debemos resolver, incluso de oficio y sin que se hubiera planteado ya en la instancia, es lo acertado o no del pronunciamiento a través del que el Juzgado de lo Social declara la incompetencia de este orden jurisdiccional.

La jurisprudencia ha declarado, en profusión de ocasiones, que se trata de una cuestión que estamos obligados a examinar de oficio, por pertenecer al orden público procesal y sin sujeción a los términos en los que está planteado el recurso.

Así lo manifiesta con claridad la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1990, ROJ 17016/1990 , que, con cita de las SSTs de 10 y 18 de diciembre de 1987 , entre otras, señala que "... La cuestión, al afectar al orden público procesal, libera a la Sala del examen de los motivos de casación planteados... y le impone, por contra, examinar en su integridad las actuaciones de instancia -toda la prueba incluida- para así disponer de cuantos elementos de juicio sean indispensables en orden a un correcto pronunciamiento» sobre esta cuestión de competencia. En consecuencia, pues, este Tribunal no está vinculado, en modo alguno, por las declaraciones fácticas de la sentencia de instancia, en orden a dar solución a esta cuestión de competencia, sino que ha de formar su propia convicción sobre los hechos acaecidos examinando a tal fin, todas las pruebas obrantes en autos con entera libertad de criterio. Por ello, devienen totalmente inútiles e innecesarios los motivos primero y cuarto del recurso; el primero, referente a que, según el recurrente, en la narración histórica de la sentencia de instancia se comprenden conceptos jurídicos, que deben ser suprimidos, lo que produciría subsiguientemente la insuficiencia de esa declaración fáctica y por ende se solicita se declare la nulidad de tal sentencia en base a haberse infringido el artículo 89 de la Ley de Procedimiento Laboral, y el cuarto en que se alega error de hecho en la apreciación de las pruebas, en base al artículo 167, 5.º de esta Ley Procesal; por cuanto que al formar este Tribunal su propia convicción sobre los hechos acaecidos, carece por completo de eficacia y vigor, en relación con la cuestión de competencia, la antedicha narración histórica ...".

Cumpliendo pues, con este deber de examinar toda la prueba en su conjunto, debemos comenzar afirmando que nuestra convicción coincide de forma plena con la obtenida y reflejada por el Magistrado de instancia, lo que comporta que el relato se mantenga, con algún añadido menor, si acaso, que la Sala ha decidido introducir de oficio, como después se verá.

SEGUNDO .- En el primer motivo del recurso se aduce que la sentencia de instancia adolece de falta de motivación.

Lo que ni remotamente concurre, como pasamos a razonar.

Sobre la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, la sentencia del Tribunal Constitucional, número 105/2012 de 11 de mayo de 2012, Rec. 2548/2012 , señala que "... En relación con la alegada vulneración del art. 24.1 CE (LA LEY 2500/1978) porque la Sentencia impugnada pudiera carecer de la

motivación exigida por este precepto, puesto en conexión con el art. 120.3 CE (LA LEY 2500/1978) , ha de traerse a colación la doctrina reiterada de este Tribunal, según la cual la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales --que es inherente al derecho que todos tienen a obtener una tutela judicial efectiva, al principio del Estado democrático de Derecho y a una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional que se apoya en el carácter vinculante que para ésta tiene la ley- no supone que aquéllas hayan de ofrecer necesariamente una exhaustiva descripción del proceso intelectual que los jueces han llevado a cabo para decidir en un determinado sentido, ni tampoco requiere un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado.... (sino que) a los efectos de su control constitucional, el requisito de la motivación debe entenderse cumplido si la Sentencia pone de manifiesto que la decisión adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho que hace posible su eventual revisión jurisdiccional a través de los recursos legalmente establecidos, todo ello independientemente de la parquedad o concentración del razonamiento empleado, siempre que éste permita conocer la argumentación que lleva a la decisión judicial, descartándose así el mero voluntarismo selectivo o la pura arbitrariedad (por todas, STC 25/1990, de 19 de febrero (LA LEY 636/1990), FJ 5)...".

Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional, 56/2013 de 11 de marzo de 2013, Rec. 7271/2010 , señala que "... Este Tribunal, en una muy reiterada y ya consolidada doctrina, recogida en sus inicios en las SSTC 61/1983, de 11 de julio (LA LEY 8033-JF/0000), FJ 3, y 13/1987 (LA LEY 85632-NS/0000), de 5 de febrero, FJ 3, y confirmada últimamente en el FJ 4 de la STC 248/2006, de 24 de julio (LA LEY 92699/2006), ha venido declarando que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, por cuanto la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el art. 120.3 CE (LA LEY 2500/1978), es una exigencia derivada del art. 24.1 CE (LA LEY 2500/1978) que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos (entre otras muchas, SSTC 163/2000, de 12 de junio (LA LEY 10054/2000), FJ 3; 187/2000, de 10 de julio (LA LEY 10464/2000), FJ 2; y 214/2000 (LA LEY 11990/2000), de 18 de septiembre, FJ 4). La motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999 (LA LEY 11790/1999), de 4 de agosto, FJ 3).

Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre (LA LEY 11795/2000), FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo (LA LEY 3739/2001), FJ 2). Pero la fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, o incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999 (LA LEY 11790/1999), de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero (LA LEY 4148/2000), FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo (LA LEY 8475/2000), FJ 6; 82/2001, de 26 de marzo (LA LEY 3739/2001), FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre (LA LEY 8782/2001), FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo (LA LEY 1687/2003), FJ 6; 213/2003 (LA LEY 10896/2004), de 1 de diciembre, FJ 4). El art. 24 CE (LA LEY 2500/1978) impone entonces, a los órganos judiciales, la obligación de dictar una resolución fundada en Derecho que no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento, y no fruto de la arbitrariedad (SSTC 61/1983, de 11 de julio (LA LEY 8033-JF/0000); 5/1986, de 21 de enero (LA LEY 528- TC/1986); 78/1986, de 13 de junio (LA LEY 75417-NS/0000); 116/1986 (LA LEY 11387-JF/0000), de 8 de octubre, y 75/1988 (LA LEY 104120-NS/0000), de 25 de abril, FJ 3). No basta, pues, con obtener una respuesta motivada, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (por todas, SSTC 22/1994, de 27 de enero (LA LEY 12852/1994), FJ 2; 324/1994 (LA LEY 13080/1994), de 1 de diciembre, FJ 2; 24/1999 (LA LEY 2499/1999), 8 de marzo, FJ 3, y 10/2000, de 17 de enero, FJ 2)..."

Y finalmente en la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de enero de 2014, Recurso 6112/2012 , indica que <<... Según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE , derecho que, no obstante, también se satisface con la obtención de una resolución de inadmisión impeditiva del enjuiciamiento del fondo de la cuestión planteada, si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifique aplicada razonablemente por el órgano judicial (por todas, STC 108/2002, de 6 de mayo , FJ 3).

Según reiterada y constante jurisprudencia de este Tribunal, ese derecho implica, en primer lugar, también en relación con decisiones de naturaleza procesal que obstaculicen una respuesta sustantiva a las

pretensiones, que la resolución esté motivada, es decir, que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación exteriorice una fundamentación en Derecho, en respuesta a la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (entre tantas otras, STC 183/2011, de 21 de noviembre, FJ 5, y las allí citadas).

Corresponde por tanto a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar desde el plano de la motivación los razonamientos en que se funda la decisión judicial; motivación que ha de ser suficiente - en el sentido de expresiva ad casum de la ratio decidendi - y ajustada a aquellos límites de su fundamentación en Derecho -esto es, no arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o error patente en la interpretación de la causa legal aplicada...>>.

A la vista de la anterior doctrina y como anticipábamos, es claro que no puede estimarse la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva que se invoca como primer motivo del recurso, dado que el hecho de que la demandada sea una sociedad limitada y que el contrato pretendidamente laboral y de alta dirección suscrito con la actora, fuera precedido de un acuerdo adoptado por la Junta en tal sentido, no elimina la incompatibilidad que concurre desde la perspectiva de afirmar la existencia de una relación laboral entre el contrato de alta dirección y el cargo de administrador único, como después se verá.

Por ello, el motivo no prospera.

TERCERO.- Invirtiendo, para facilitar su examen, el orden de análisis de los motivos del recurso y siguiendo con los que postulan la declaración de nulidad de la sentencia recurrida, el motivo tercero denuncia la infracción de los artículos 14, 24 y 120 de la Constitución Española, en relación con los artículos 97 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social y 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, argumentándose, con cita de la doctrina contenida en el fundamento segundo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Sexta de 20 de enero de 2014, (RS. nº 1287/2013) que si el Magistrado de instancia considera probada la celebración entre las partes de un contrato laboral de alta dirección << *ya existe una prueba clara de la relación laboral o al menos un indicio contundente sobre la existencia de la relación laboral en cuanto a sujeción a horario*>>, achacando a la sentencia, falta de claridad y que sólo atendiera parcialmente a la declaración testifical practicada en la primera vista cuando accedió, en atención a su contenido, a la suspensión del oficio del curso de las actuaciones a fin de citar a la nueva empresa en la que estaban dados de alta los testigos, sin admitirla por lo en ella declarado respecto a las concretas condiciones en las que la demandante prestaba servicios.

El motivo tampoco puede acogerse.

Como bien reconoce el propio recurrente resulta que al día siguiente de celebrarse la vista inicial de este proceso, el día 23 de enero de 2013, el Juzgado de lo Social, de oficio, dictó el auto que obra a los folios 435 y 436, en el que razonó que como las declaraciones testificales practicadas habían evidenciado la existencia de una segunda empresa no demandada, cuando tales testigos afirmaron que la práctica totalidad de trabajadores que prestaban servicios en Lamberts Española SL, habían sido dados de alta en Lamberts Gestión SL, procedía, antes del dictado de resolución definitiva en este procedimiento, dar audiencia a las partes a fin de que formularan alegaciones en torno a una posible declaración de nulidad de actuaciones, retro trayéndolas a la admisión de la demanda, a fin de que ésta última empresa pudiera comparecer en calidad de demandada.

Nulidad que finalmente se acuerda con carácter firme mediante auto de fecha 23 de febrero de 2013, folios 445 y 446.

Esta actuación es impecable y no lesiona ningún derecho fundamental, al ser absolutamente necesaria la presencia en juicio, de la segunda empresa que no había sido inicialmente demandada. Dicha entidad, como decimos, debía ser traída al proceso como correctamente acordó el Juez de lo Social en tiempo hábil para ello, al no haberse dictado resolución definitiva en la fecha en la que así lo dispuso, sin que consideremos insalvables tampoco los perjuicios que se afirman sobre que la empresa ya conocía el resultado de la prueba testifical, dado que ésta se reprodujo en su integridad en presencia de todas las partes.

Por ello, el motivo decae.

CUARTO .- El último motivo por el que se interesa la declaración de nulidad de la sentencia de instancia, denuncia la infracción de los artículos 14 y 24 de la Constitución Española y 97 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, para sostener, como se hizo antes, pero con una argumentación

distinta, que la sentencia no expresa la razón por la que no analiza los hechos nuevos alegados por la representación Letrada de la parte actora en el escrito de ampliación de la demanda.

Como se reconoce en el motivo, el presunto atentado contra la garantía de la indemnidad, no fue denunciado en la demanda (único acto procesal, salvado, por así decirlo, tras el dictado del Auto firme de fecha 23 de febrero de 2013) y esa es la razón que nos sirve para rechazarlo también ahora, porque si se ve, el atentado contra la garantía de la indemnidad (cuyo análisis sólo sería necesario de haber sido otro el fallo de la sentencia), se sitúa cronológicamente en el mes de julio de 2012, esto es, con anterioridad al momento en el que se presentó la demanda, tratándose de una cuestión nueva que no puede examinarse en el recurso de suplicación, como tampoco podría haberse analizado en el de casación si se hubiera planteado en términos no coincidentes con el recurso de suplicación, como declara el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de febrero de 2011 (Rec. 3721/2009) cuando razona que "... En análogos términos, la citada STS/IV 30-marzo-2010 destaca que "constituye jurisprudencia constante que la alegación de una cuestión nueva es incompatible con el carácter extraordinario que tiene el recurso de casación, y, concretamente, en la esfera del recurso de casación para la unificación de doctrina, hemos sostenido que (STS 5-11-1993; R. 3090/92 ; 7-5- 1996, R. 3544/96 ; 17-2-1998 (LA LEY 3293/1998), R. 812/97 ; 14-6-2001 (LA LEY 268/2002), R. 1992/00 ; 31-1-2004 (LA LEY 11958/2004), R. 243/03 ; 13-2- 2008, R. 4348/06 ; 13-5-2008, R. 1087/06 ; y 26-10-2009 , R. 2945, entre otras muchas) todo motivo formulado en este recurso, que no coincida con el recurso de suplicación, constituye una cuestión nueva, dado que la identidad, a efectos de la contradicción exigida en el art. 217 PL., se produce a partir de la controversia en suplicación, en cuanto 'el término de referencia en el juicio de contradicción' es 'una sentencia que al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente en el recurso de suplicación (TOS 31-1-2004 , R. 243/03) ...".

En idéntico sentido, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2011, Recurso: 3460/2010 .

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013, Recurso número 239/2011 , señala que el criterio general es el de la <<... inadmisibilidad de « cuestiones nuevas » en todo recurso. Criterio que tiene su fundamento en el principio de justicia rogada [epígrafe VI de la EN de la Lesiva; art. 216 del mismo cuerpo legal], del que es consecuencia, y que más en concreto ha de excluirse en el recurso de casación -bien sea ordinario o para la unificación de doctrina-, que ha de ceñirse a los errores de apreciación fáctica o a las infracciones de derecho sustantivo o procesal en que haya podido incurrir la sentencia recurrida, en atención tanto a su carácter extraordinario como a las garantías de defensa de las partes recurridas, cuyos medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo, que desconocería -asimismo- los principios de audiencia bilateral y congruencia (con cita de muchas otras anteriores, SSTS 11/12/07 -crudo 1688/07 ; 05/02/08 - crudo 3696/06 ; 22/01/09 - rco 95/07 ; 18/03/09 - rco 162/07 ; y 25/01/11 - crudo 3060/09). Y al efecto se ha argumentado por esta Sala que si por el principio de justicia rogada el Juez o Tribunal «sólo puede conocer de las pretensiones y cuestiones que las partes hayan planteado en el proceso, esta regla se ha de aplicar en los momentos iniciales del mismo, en los que tales pretensiones y cuestiones han de quedar ya configuradas... Por tanto, fuera de esos momentos iniciales ... no es posible suscitar nuevos problemas o cuestiones; lo que pone en evidencia que estas nuevas cuestiones no se pueden alegar válidamente por primera vez en vía de recurso» (STS 04/10/07 -crudo 5405/05) " (entre otras, STS/IV 23-abril-2012 -rco 77/2011 , con doctrina que reitera, entre otras, la posterior STS/IV 20-diciembre-2012 -rco 275/2011)...>>.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2014, Recurso número 154/2013 , reitera que <<... Es bien conocido que el derecho de defensa que integra el de tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución no permite que en trámite de recurso se aleguen cuestiones nuevas , o sea alegaciones no aportadas para su discusión en la instancia, habiéndolo dicho así de forma reiterada esta Sala como puede apreciarse entre otras en nuestras recientes sentencias - por todas ver SSTS de 4-10-2007 (rec.- 5405/05), 26-11-2012 (rec.- 3772/2011) o 13-2-2013 (rec.- 2854/2011) ... >>.

Por todo lo expuesto, el motivo decae.

QUINTO .- Examinados ya, los tres motivos por los que se solicita sin éxito, como se ha visto, la declaración de nulidad de la sentencia de instancia, resta el examen de todas las revisiones fácticas contenidas en los motivos sexto y séptimo del recurso.

En el motivo sexto, se pretende que se adicione un hecho probado redactado como sigue:

" Según acta de la Junta General de Lamberts Española, S.L., celebrada el 18 de junio de 2010, siendo asistente de D. Inmaculada y la herencia yacente de D. Eloy , representada por D.ª Julia y D. Rafael y la herencia Yacente de Doña Fidela y con ausencia de D. Alexis , el socio D. Rafael propuso el cese del

administrador único D. Alexis y el nombramiento de D^a Julia como administradora única, aprobándose por los asistentes. En la misma Junta se acordó una acción social de responsabilidad contra el anterior administrador una vez se recabara información a efectos de ejercitar dicha acción".

Se admite, porque efectivamente, así figura en el acta que obra a los folios 79 a 81 de los autos.

En el motivo séptimo del recurso se interesa la adición de otro hecho que especifique lo siguiente:

"El 25 de mayo de 2012 la sociedad Lamberts Española, S.L., representada por D.^a Julia presentó querrela contra Don Alexis y Doña Teodora , que fue admitida a trámite en auto de 20 de junio de 2011, siendo citados los querrelados para el día 11 de julio de 2012, a las 11 horas de su mañana".

Igualmente se admite, por la misma razón.

SEXTO .- En los motivos dirigidos a la denuncia jurídica, se censura, la infracción de los artículos 1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 161 de la Ley de Sociedades de Capital , argumentados que si salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, es evidente que la relación entre las partes, fue laboral, si la actora fue designada de común acuerdo entre los socios, como trabajadora de la empresa, en el sentido laboral del término, a través de la suscripción de un contrato de alta dirección, no siendo razonable que la sentencia dude de <<la subordinación de las prestaciones comprometidas por el administrador con la sociedad a través del acuerdo social de 14 de marzo de 2011>>, debiendo haberse aplicado a la demandante, el RD 1382/1985 en toda su extensión.

En los motivos cuarto y quinto, se denuncia la incorrecta apreciación de la excepción en sentencia, cuando debió haberlo sido con carácter previo, habida cuenta de que la prueba practicada en el segundo juicio celebrado tras la declaración de nulidad del anterior, fue la misma, vulnerándose por ello, el artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 5 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , así como el artículo 35 de la Constitución Española , por cuanto la demandante tiene derecho constitucional al trabajo resultando que, si como se declara probado, la propia sociedad autorizó la existencia de un vínculo laboral con la demandante, acordándolo expresamente en junta, la sentencia no debió apreciar la excepción de incompetencia, máxime cuando los testigos declararon que la actora trabajaba como el resto de trabajadores, entrando y saliendo a la misma hora.

En el motivo noveno del recurso, se insiste en la licitud de los acuerdos sociales alcanzados, habiéndose probado la existencia de un contrato de alta dirección y modificando los estatutos para poder permitirlo, denunciándose la vulneración del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores , 1 del RD 1382/1995 y en los motivos décimo y decimosegundo se denuncia la infracción de artículo 11 del citado Decreto y 55 del Estatuto de los Trabajadores , argumentándose que la carta de despido carece de razón de ser, si la actora, en realidad, no era trabajadora de la empresa, no siendo ciertas las causas alegadas en la misma, debiendo calificarse el despido como nulo por vulneración de ella garantía del indemnidad.

SÉPTIMO .- La situación fáctica sobre la que debe analizarse la denuncia del derecho aplicado en la sentencia de instancia es la siguiente: La actora, Doña Julia , fue designada por la Junta General Ordinaria Universal de accionistas de la sociedad LAMBERT ESPAÑOLA S.L., presidida por ella misma, administradora única de la sociedad, el día 18 de junio de 2010 (folio 78). Desde ese momento, realizó las funciones propias de su cargo, habiendo sido designada por tiempo indefinido, siendo ratificada la designación por acuerdo de la Junta General Universal de la sociedad celebrada en fecha 28 de junio de 2012, habiéndose hecho constar su condición de Administradora única y el ejercicio de sus funciones de forma plena, sin que hasta dicha fecha se le hubieran limitado sus funciones, haciendo dicha declaración ante el notario de Madrid, Don Ignacio Goma Salcedo quien hace constar tal extremo en el acta de presencia realizada el 10 de julio de 2012.

El 14 de marzo de 2011, se celebra junta general de accionistas, siendo presidida por Doña Julia .

En el orden del día, en el apartado tercero se incluyó el punto << decisión sobre el establecimiento y modificación de los estatutos de los administradores de la sociedad durante los ejercicios 2010 y 2011>>. Se propuso la << firma con efectos desde el momento actual administradora de la sociedad de un contrato de alto cargo, cuyo objeto sería la prestación de servicios de emergencia en todas las áreas de la sociedad de carácter presencial y sujeción a horario, mediante una retribución de quince pagas mensuales de 80.200 euros cada una, más una cláusula de indemnización por extinción de contrato de dos anualidades de retribución bruta a un eco sede desistimiento, como despido o de resolución contractual. El punto se probó por unanimidad de todos los socios presentes y representados>>.

3.- Al día siguiente, 15 de marzo de 2011, la actora en calidad de administradora única de la mercantil Lambert Española SL, suscribió con ella misma el contrato que obra aportado como documento número 2 de la demanda, en cuya cláusula primera calificó la relación laboral como especial de alta dirección <<mientras comparte los servicios con los del órgano de administración>>.

La testigo Sra. Isidora , adujo que era amiga de la actora, aunque en su trabajo, separaba la amistad. Declaró que le reportaba a dicha demandante.

OCTAVO .- La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2009, Rec. 1156/2009 establece lo siguiente "... Como recuerda la sentencia de 22-12-94 (rec. 2889/1993), al interpretar el art. 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores , "Hay que tener en cuenta que las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son las actividades típicas y específicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles, cualquiera que sea la forma que éstos revistan, bien se trate de Consejo de Administración, bien de Administrador único, bien de cualquier otra forma admitida por la ley (. . .). Por ello es equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación, pues, por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía. Por consiguiente, todas estas actuaciones comportan "la realización de cometidos inherentes" a la condición de administradores de la sociedad, y encajan plenamente en el "desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad", de ahí que se incardinan en el mencionado artículo 1.3,c) del Estatuto de los Trabajadores .

Teniendo siempre presente el anterior argumento, esta Sala ha resuelto reiteradamente la cuestión que se plantea, en el sentido asumido por la sentencia referencial. Las sentencias de 29-9-1988 , 21 de enero , 13 mayo y 3 junio y 18 junio 1991 , 27-1-92 (crudo.. 1368/1991) , 11 de marzo de 1.994 (RCU. 1318/1993) , 22-12-94 (crudo. 2889 / 1993) , 16-6-98 (RCU. 5062/1997) , 20-11-2002 (RCU. 337/2002) y 26-12-07 (RCU. 1652/2006) han establecido que en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan sino la naturaleza de vínculo, [de ahí que en el caso presente, sea irrelevante que la amplitud de los poderes sea distinta en el caso de la sentencia recurrida y en el de la referencial, al haber actuado ambos demandantes en función del vínculo que como miembros de consejo de administración les unía con las empresas demandadas]; por lo que sí existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral ...".

Resultando incompatible, según la doctrina que acabamos de dejar expuesta, ratificada por el Tribunal Supremo en sentencia posterior de 24 de mayo de 2011, Recurso número 1427/2010, la condición de administrador único y alto directivo, condiciones que el contrato pretende compatibilizar y al margen de que se precediera de un acuerdo societario a tal fin, el recurso decaer, pues entendemos que fue correctamente apreciada la excepción de incompetencia de jurisdicción laboral, lo que determina el fracaso de todos los motivos de denuncia jurídica más arriba expuestos y la confirmación de la atinada sentencia de instancia.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de DOÑA Julia , contra la sentencia nº 178/2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid el 23 de abril de 2014 , en autos nº 948/2012, seguidos por la recurrente contra LAMBERTS ESPAÑOLA SL, DON Alexis y LAMBERTS GESTIÓN SL, confirmándola íntegramente y en todos los pronunciamientos que contiene.

Sin costas.

Dese a los depósitos y consignaciones, el destino legal.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivarán en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-0755-14 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876-0000-00-0755-14.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día 30-1-2015 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.



Roj: STS 698/2015 - ECLI:ES:TS:2015:698
Id Cendoj: 28079140012015100044
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2613/2013
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JORDI AGUSTI JULIA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Javier Pérez López, en nombre y representación de la empresa "OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A.", contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 18 de junio de 2013, en el recurso de suplicación número 1022/2013, interpuesto por dicha empresa frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de los de Bilbao, en autos número 637/2012, seguidos a instancia de D Borja y D. Cornelio contra la mencionada empresa sobre modificación de condiciones de trabajo.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de recurridos D Borja y D. Cornelio, representados por la Procuradora Sra. González Rivero.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jordi Agusti Julia,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de diciembre de 2012, el Juzgado de lo Social número 3 de Bilbao, dictó sentencia, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "Primero.- Los demandante D Borja y Cornelio vienen prestando sus servicios para la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A., con una antigüedad de 11-5-89 y 10-09-04 respectivamente, categoría profesional de escolta y salario según las nominas aportadas en la empresa Eulen Seguridad S.A. de 2.530,67 y 2.450,32 euros respectivamente.- Segundo.- Los demandantes han venido prestando servicios para la empresa EULEN SEGURIDAD S.A., hasta el 31 de mayo 2.012, subrogándose la empresa OMBUDS.- Tercero.- Con fecha 18 de octubre del 2.007 se suscribió acuerdo entre Eulen Seguridad S.A. y el Comité de Empresa, sobre condiciones salariales de los escoltas. Se da por reproducido al obrar en la prueba documental, doc. 8 de la parte demandante.- Cuarto.- Los demandantes en la empresa anterior recibían un anticipo para gastos que luego se liquidaba conforme a las facturas y partes presentados, actualmente eso gastos se adelantan por los trabajadores y son reembolsados por la mercantil. La nueva empresa utiliza un programa informático en el que constan 10 horas de trabajo exclusivamente, los días de descanso en la anterior empresa se fijaban en cuadrante mensual, actualmente las comunicaciones se hacen de forma telefónica en menor tiempo. Anteriormente podían depositar el arma en el bunker de empresa a cualquier hora, en la empresa actual los horarios están prefijados para las entregas.- Quinto.- Los demandantes desde el mes de junio del 2.012 viene percibiendo los salarios que constan en las nominas que aporta, los cuales se dan por reproducidos.- Sexto.- Los servicios de escolta dependientes del Ministerio de Interior se han redistribuido.- Séptimo.- Con fecha 18 de junio del 2.012 entre la representación de la empresa OMBUDS y la representación legal de los trabajadores se ha establecido un pacto sobre jornada y condiciones salariales para los servicios de protección personal concertados con el Ministerio de Interior. Se da por reproducido el mismo al obrar en la prueba documental".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que ESTIMANDO EN PARTE la demanda formulada por D Borja y Cornelio frente a OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A., debo declarar y declaro injustificada la modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo consistente en la

modificación salarial, y en su consecuencia debo condenar y condeno a las demandada a estar y pasar por esta declaración y a reponer al demandante en las retribuciones salariales de las que venía disfrutando".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia de fecha 18 de junio de 2013 , en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Ombuds Compañía de Seguridad SA frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Bizkaia, dictada el 11 de diciembre de 2012 en los autos nº 637/2012 sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, seguidos a instancia de D Borja y D. Cornelio contra la empresa recurrente, confirmamos la sentencia recurrida.- Procede imponer a la recurrente las costas, incluidos los honorarios del letrado impugnante en la cantidad de 500 euros, con pérdida del depósito efectuado para recurrir, al que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme".

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 26 de marzo de 2013 (Rec. nº 421/2013).

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso y evacuado el trámite de impugnación por los recurridos, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal consideró el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 4 de febrero de 2015, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1. El Juzgado de lo Social nº 3 de los de Bilbao dictó sentencia el 11 de diciembre de 2012 , autos 637/2012, estimando parcialmente la demanda formulada por los trabajadores demandantes contra la empresa demandada, en reclamación por modificación sustancial de condiciones de trabajo.

2. En presente caso, según la narración fáctica descrita en los antecedentes de esta resolución, y en lo que aquí interesa, concurren las siguientes circunstancias, a) Los trabajadores demandantes han venido prestando servicios para OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD SA, (en adelante OMBUDS) con categoría de escoltas, tras haber sido subrogados por la anterior empleadora EULEN SEGURIDAD SA el día 1/6/2012. Ésta mercantil dejó de prestar el servicio de protección a las personas contratado por el Gobierno Vasco, por lo que la totalidad de los indicativos adjudicados a EULEN fueron pasados a diferentes empresas, entre ellas la ahora demandada; b) Con fecha 18/10/2007 se suscribió Acuerdo entre EULEN y el Comité de empresa sobre condiciones salariales de los escoltas. Por su parte, OMBUDS suscribió un pacto de empresa con la representación de los trabajadores sobre jornadas de trabajo y condiciones salariales para los servicios de protección personal concertados con el Ministerio del Interior, de fecha 18/6/2012, con fecha de efectos 1/6/2012, y en el que se establecía que los afectados por la subrogación se regirían por dicho acuerdo; y, c) A partir de la nómina del mes de junio de 2012, OMBUDS ha dejado de aplicar a los demandantes las condiciones salariales de las que venían disfrutando en EULEN, de forma que ya no perciben el plus de actividad y han pasado a cobrar determinadas cantidades variables bajo la denominación de plus compensatorio y de plus de disponibilidad.

3. En la demanda rectora de las presentes actuaciones, los trabajadores solicitan se declare la nulidad o subsidiariamente el carácter injustificado de la modificación operada por la actuación de OMBUDS, en relación con las inferiores retribuciones ahora percibidas, al haberse producido una minoración salarial, oponiéndose la demandada alegando que sólo se ha cambiado la estructura salarial. La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda, declarando injustificada la medida adoptada, al entender que es de aplicación el artículo 14 del Convenio Colectivo de las Empresas Privadas de Seguridad , que establece un deber de subrogación a cargo de la nueva empresa adjudicataria, debiendo ésta respetar al trabajador todos los derechos laborales que tuviese reconocido en la anterior empresa, incluida la antigüedad, siempre que provengan de pactos o acuerdos lícitos que se hayan puesto en su conocimiento junto con la documentación pertinente o que el trabajador pueda acreditar. Argumenta, que al actor se le han cambiado las condiciones salariales al percibir ahora cantidades inferiores a partir de la nómina de junio de 2012, modificación que es calificada de sustancial sin que por parte de la empresa se hayan seguido las formalidades establecidas en el art 41. ET , no habiéndose notificado por escrito al demandante las causas que han motivado dicha modificación.

4. Recurre en suplicación la empresa al entender que es de aplicación el nuevo pacto de empresa de 18/6/2012. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18 de junio de 2013 (R. 1022/2013) desestima el recurso y confirma la resolución de instancia, argumentando, que a pesar de que en el caso se trata de una reducción salarial constitutiva de modificación sustancial de condiciones de trabajo, enmarcada en una medida de carácter colectivo, la empresa no ha seguido los trámites establecidos en el artículo 41.4 ET. Por ello, se declara la medida injustificada y no válida, al igual que se resolvió en dos anteriores sentencias de la misma 14 de mayo de 2013 (recurso 721/13) y de 21/5/2013 (recurso 630/13).

5. Contra dicha sentencia, interpone OMBDUS recurso de casación unificadora, denunciando la infracción de los artículos 41.4 y 41.54 del Estatuto de los Trabajadores, y en concreto, la diferente interpretación dada por las sentencia comparadas en relación con la inexistencia de la comunicación individualizada a cada uno de los trabajadores afectados de la modificación sustancial operada y con la existencia de un verdadero pacto negociado, invocando para el contraste la sentencia de la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia del país Vasco de 26 de marzo de 2013 (recurso 547/13), dictada en un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo y confirmatoria de la de instancia que desestimó la demanda declarando que la modificación sustancial de condiciones de trabajo que había sido objeto el trabajador era ajustada a derecho. En este caso, consta, al igual que en la recurrida que el trabajador, con categoría de escolta, prestaba servicios para EULEN SA hasta el 1/6/2012 en que fue subrogado a OMBUDS. Con fecha 18/6/2012, OMBDUS y el comité alcanzaron por unanimidad un acuerdo sobre jornadas de trabajo y condiciones salariales para los servicios de protección personal concertados con el Ministerio de Interior, por lo que la modificación tuvo lugar con base en dicho Acuerdo. Por resolución de 2/1/2012 se autoriza a la empresa para extinguir la relación laboral de 146 trabajadores. El 10/4/2012 la empresa comunica a la autoridad laboral la suspensión del contrato de 152 trabajadores. Queda acreditado que OMBUS no respetó, tras la subrogación, el acuerdo individual de 12/5/2005 alcanzado por la anterior empleadora. Esta sentencia señala, como argumentación para rechazar la modificación del relato fáctico en relación con la falta de notificación al demandante del Acuerdo de 18/6/2012 que "la comunicación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo está previsto para las de carácter individual y las colectivas sin acuerdo, que no es el caso; por lo que habrá de ser el comité de empresa el que informe sobre los acuerdos alcanzados con la dirección o los trabajadores habrán de informarse por los cauces que en cada empresa existan para tal fin". En cuanto al fondo del asunto, sostiene que dada la existencia de circunstancias sobrevenidas, se negoció con el comité y tras el periodo de consultas, éste finalizó mediante el Acuerdo de 18/6/2012, lo que implica que concurren las causas justificativas para la modificación operada.

6. Como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe -y esta apreciación es compartida por la Sala-, concurre el requisito de la contradicción entre las sentencias objeto de comparación que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, tal como ya hemos señalado en dos sentencias de 14 de mayo de 2014 (rcud. 2232/2013 y 2143/2013), dictadas en supuestos de trabajadores de la misma empresa aquí recurrente, en situación sustancialmente idéntica, y con la misma sentencia de contraste. En efecto, como se desprende de lo expuesto, en ambos casos se trata de trabajadores que prestaban servicios para EULEN, como vigilantes de seguridad y fueron subrogados a OMDUS. También se produjo una modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo como consecuencia del Acuerdo de 18/6/2012 adoptado por la nueva empleadora y su comité de empresa, en relación con el acuerdo individual del año 2005 que venía aplicando EULEN.

7. Cumplidos los requisitos de los artículos 219 y 224 de la LRJS procede entrar a conocer del fondo del asunto.

SEGUNDO .- 1. La cuestión controvertida ha sido ya resuelta por esta Sala en las mencionadas sentencias de 14 de mayo de 2014 (rcud. 2232/2013 y 2143/2013). En la segunda de estas sentencias, se señala en su fundamento jurídico segundo que :

"1. Para la correcta solución del recurso conviene recordar que el trabajador demandante -al igual que el de la sentencia de contraste- se incorporó a la empresa el 1 de junio de 2012 como consecuencia de la aplicación de la cláusula convencional que obliga a las empresas del sector a subrogarse en la plantilla de la empresa saliente tras un cambio en la contrata.

Tal hecho había de dar lugar al reconocimiento y mantenimiento de las condiciones que el trabajador tenía en la empresa saliente, tanto si se acude a la literalidad del precepto del convenio, como a lo que se establece en el art. 44 ET para el caso de sucesión empresarial - aquí impuesta por dicha norma paccionada-. Pese a ello, resulta evidente que las condiciones salariales del trabajador no fueron mantenidas en ningún

momento pues, como ya hemos apuntado, desde el primer mes de servicios para la empresa entrante - la aquí recurrente-, aquél vio minorada su retribución.

Ello lleva a la parte actora a sostener que se ha producido una modificación sustancial de sus condiciones sin haberse seguido el cauce del art. 41 ET . Y éste es el parecer de la Sala de suplicación que niega que se haya celebrado un verdadero acuerdo de modificación sustancial.

2. Ciertamente, el acuerdo alcanzado en la empresa con fecha 18 de junio de 2012 no puede tener la eficacia pretendida por la empresa y ello por varias razones.

En primer lugar, tal pacto es el fruto de un proceso negociador iniciado antes de que se produjera la subrogación de la demandada en la plantilla de la saliente, tal y como la propia parte recurrente pone de relieve en su escrito de formalización del recurso: se inició el 22 de mayo de 2012 y las reuniones se celebraron los días 22 y 30 de mayo, 4, 7 y 17 de junio de 2012.

A mayor abundamiento, no sólo se trata de un acuerdo cerrado en un cortísimo lapso de tiempo inmediato posterior a dicha subrogación, sino que, además, incluye un efecto retroactivo que hace que, a la plantilla objeto de la subrogación, se le apliquen las nuevas condiciones desde el primer día de la prestación de servicios para la empresa entrante. Hemos de afirmar que de este modo se elude una de las garantías inherentes al mecanismo subrogatorio. De esta forma la sucesión empresarial se produce con alteración de las condiciones para los trabajadores, contraviniendo así las disposiciones convencionales y legales que consagran aquellas garantías.

3. En segundo lugar, no consta que el acuerdo hubiera sido adoptado tras incluir la negociación con la representación de la plantilla subrogada; circunstancia, por otra parte difícil, dada la premura en su adopción.

Por último, en ningún momento en el acuerdo se hace alusión a la utilización de la vía del art. 41 ET . Ni se mencionan algunas de las causas legales, ni consta que se siguiera el periodo de consultas en los términos que dicha disposición impone. Por el contrario, las negociaciones tenían como objeto revisar pactos suscritos en 16 de diciembre de 2010, derogándolos, y expresamente se amparan en la posibilidad ofrecida por el art. 34.2 ET , sobre la distribución irregular de la jornada.

4. Tal periodo de consultas, debiera de haberse iniciado una vez integrada la plantilla subrogada y, por tanto, con la posibilidad de que dicha plantilla estuviera representada. Como hemos indicado, no consta que la comisión negociadora integrada a partir del 22 de mayo se viera alterada por la circunstancia de que la empresa asumiera la contrata de EULEN. Es cierto que cabe la posibilidad de que dicha integración de trabajadores acabara arrojando el mismo resultado de representatividad social, pero ello solo sería constatable una vez tal subrogación se hubiera hecho efectiva. En todo caso, nada se indica en el acuerdo final sobre esa circunstancia sobrevenida durante el proceso de negociación. El citado pacto sigue refiriéndose a la modificación de un acuerdo colectivo anterior que, por razones cronológicas evidentes, no era aplicable a los trabajadores que después pasan de EULEN a la empresa demandada.

5. A esto último no cabe oponer que en la Disposición Final Segunda del pacto se haga referencia a los afectados por una subrogación, pues se trata, en todo caso, de aquellos que lo fueron por una subrogación anterior a esta concreta negociación -de la documental se desprende que la empresa había sumido otras plantillas de distintas empresas en momentos previos-, respecto de los cuales sí sería admisible la homogenización de condiciones pretendida al amparo del art. 44.4 ET .", para a continuación, en el tercero de sus fundamentos de derecho, razonar que :

"1. No hay duda de que el actor ha visto modificadas sus condiciones con base a lo que se contenía en el citado acuerdo colectivo y tal modificación se produjo, no sólo sin ajustarse el trámite del art. 41 ET , sino, además, de manera inmediata a la efectividad de la sucesión empresarial y, por tanto, sin llegar a respetarse la obligación de mantener las condiciones contractuales del trabajador.

2. En realidad lo que ha sucedido es que a los trabajadores provenientes de EULEN se les han aplicado desde el inicio de su integración a la plantilla de la empresa sucesora las condiciones pactadas en el seno de ésta, sin respetar las que traían de origen y sin haberse iniciado, una vez producida la subrogación, el trámite pertinente para que, en su caso, pudiera llevarse a cabo una modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo.

3. En suma, es la sentencia recurrida la que acierta en la solución dada a la cuestión planteada en el presente litigio, sin que la cuestión de la falta de notificación individual al trabajador, a la que también se alude,

tenga otro efecto que rechazar que la empresa efectuara una modificación individual, una vez negado que colectivamente se siguiera el procedimiento de modificación de condiciones de carácter colectivo".

2. Dado que la situación de los dos trabajadores demandantes en el caso que aquí enjuicamos es - tal como es de ver en las circunstancias fácticas reseñadas en el fundamento jurídico primero de la presente resolución-, sustancialmente idéntica al supuesto resuelto en la referenciada sentencia de esta Sala, siendo la misma empresa la también aquí recurrente, y el recurso formulado en idénticos términos, la doctrina que emana de dicha sentencia, con los razonamientos trascritos, nos lleva al igual que en aquél caso al rechazo de las supuestas infracciones que denuncia el recurso, tanto por compartir el criterio, como por razones de seguridad jurídica acordes con la finalidad de este recurso.

TERCERO.- 1. Los razonamientos precedentes conllevan, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso de casación unificadora interpuesto por la empresa "OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A.", con imposición a la recurrente de las costas causadas, pérdida del depósito constituido para recurrir y de la consignación efectuada a la que se dará el destino legal (artículos 228.3 y 235.1 LRJS).

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. Javier Pérez López, en nombre y representación de la empresa "**OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A.**" , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 18 de junio de 2013, en el recurso de suplicación número 1022/2013 , interpuesto por dicha empresa frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de los de Bilbao, en autos número 637/2012, seguidos a instancia de D Borja y D. Cornelio contra la mencionada empresa sobre modificación de condiciones de trabajo. Se condena en costas a la recurrente y se acuerda la pérdida del depósito y consignación efectuados para recurrir a los que se dará el destino legal.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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



Roj: STSJ M 19/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:19
Id Cendoj: 28079340012015100014
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 395/2014
Nº de Resolución: 21/2015
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER
Tipo de Resolución: Sentencia

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG : 28.079.00.4-2012/0006528

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 395/14

Sentencia número: 21/15

S.

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Presidente

Ilmo. Sr. D. JAVIER JOSÉ PARIS MARÍN

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

En la Villa de Madrid, a nueve de enero de dos mil quince, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 395/14 formalizado por la Sra. Letrada Dña. Raquel Muñiz Ferrer en nombre y representación de DEUTSCHE BANK AG (Sucursal en España), contra la sentencia de fecha cinco de julio de dos mil trece, dictada por el Juzgado de lo Social número 34 de MADRID, en sus autos número 912/12, seguidos a instancia de D. Erasmo frente a la citada recurrente, en reclamación de cantidad, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

Hecho probado 1º.- Prestó la actora sus servicios por cuenta de la demandada con antigüedad de fecha 25 de Abril de 2005, categoría de Técnico de Nivel I, realizando las funciones de vendedor de Renta variable y con una retribución fija anual de 165.000 euros más una retribución variable.

Hecho probado 2º.- La expresada retribución variable se devengaba por años naturales y se abonaba a año vencido en el mes de Febrero del año siguiente al de devengo.

Hecho probado 3º.- Por el concepto de retribución variable le han sido satisfechas las siguientes cantidades que, a continuación, se expresan:

Año 2005: 130.000 euros que le fueron satisfechas en efectivo.

Año 2006: 142.534 euros que le fueron satisfechos en efectivo.

Año 2007: 149.293 euros que le fueron satisfechos en efectivo.

Año 2008: 200.000 euros de lo que 100.000 euros le fueron satisfechos en efectivo y otros 100.000 mediante un pago diferido.

Año 2009: 165.000 euros de los que 63.750 euros corresponden a acciones diferidas y 21.250 mediante pago diferido.

Año 2010: 165.000 euros de los que 121.000 euros le fueron satisfechos en efectivo, 22.000 euros en acciones diferidas y 22.000 euros mediante pago diferido.

Los pagos diferidos en efectivo y los pagos diferidos en acciones estaban sujetos a Planes específicos.

Hecho probado 4º.- La relación laboral concluyó por despido practicado en fecha 17 de Febrero de 2012 que fue conciliado con avenencia ante el SMAC de Madrid el día 9 de Febrero de 2012 en términos de reconocimiento de improcedencia, abono de indemnización y salarios de tramitación hasta la fecha.

Hecho probado 5º.- El actor presentó solicitud de conciliación ante el SMAC de Madrid.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "FALLO que debo estimar parcialmente la demanda interpuesta por DON Erasmo contra DEUTSCHE BANK AG (Sucursal en España), y en su virtud, condenar a la referida Empresa a que le satisfaga el importe de CIENTO NOVENTA Y SEIS MIL VEINTISIETE EUROS, por los conceptos de la demanda".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 30 de mayo de 2014, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 23 de diciembre de 2014, señalándose el día 8 de enero de 2015 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone recurso de suplicación DEUTSCHE BANK AG, Sucursal en España, contra sentencia que estimó en parte la demanda rectora de las actuaciones dirigida por Don Erasmo contra la recurrente, condenando a la referida empresa a que le satisfaga la cantidad de 196.027 euros, enderezando

el motivo inicial, con correcto amparo en el apartado b) del art. 193 LRJS , a la revisión del hecho probado 2º, interesando la siguiente redacción literal:

" La expresada retribución variable no estaba pactada en el contrato del actor ni en ningún otro documento y se concedía y abonaba a año vencido en el mes de Febrero del año siguiente, momento en el que se entregaba al actor un documento en el que figuraba su retribución fija y variable del año anterior y la prevista para ese año, consistente únicamente en la retribución fija. En dicho documento expresamente se establecía que "El pago de la remuneración en virtud del presente Resumen de Remuneración Total no garantiza la continuidad del empleo ni niveles de remuneración futuros " .

Justifica la revisión, con base en los documentos que previamente identifica, en que es de vital importancia por cuanto pone de manifiesto que el actor no tenía pactada ninguna retribución variable ni para el año 2011 ni para el año 2012, que son las reclamadas en demanda y que el Juzgador de instancia ha estimado en parte, incurriendo el iudex a quo en error de valoración de la prueba.

En el segundo motivo, con el mismo designio que el precedente, interesa dar una nueva redacción al hecho probado 3º, para en definitiva adicionarle en los planes específicos se establecía que:

"a) La concesión de una Adjudicación queda a la única discreción del Comité (o a las personas autorizadas por el Comité en virtud del Apartado 4.2). El Comité no está obligado a hacer una Adjudicación ni a permitir que se haga una Adjudicación en el futuro, ni a permitir a los Empleados de DB que participen en un plan futuro u otro plan de retribuciones, incluso aunque la Adjudicación se haya adjudicada en uno o más ejercicios anteriores" .

Justifica esta revisión, después de identificar con precisión los documentos en que la soporta, en ser relevante para la litis atendiendo a que se pone de manifiesto el actor no tenía derecho a ser incluido en ningún plan correspondiente al periodo reclamado en demanda.

SEGUNDO .- Solamente se puede pedir la revisión de los hechos probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, conforme dispone el art. 193 b) LRJS .

Es necesario, atendiendo a reiterada doctrina judicial para que pueda operar la revisión de los hechos declarados probados propuesta por las partes que concurren los siguientes requisitos:

A) Ha de devenir trascendente a efectos de la solución del litigio, con propuesta de texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder y basada en documento auténtico o prueba pericial que, debidamente identificado y obrante en autos, patentice, de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error en que hubiera podido incurrir el juzgador, cuya facultad de apreciación conjunta y según las reglas de la sana crítica, (artículo 97.2 LRJS) no puede verse afectada por valoraciones o conclusiones distintas efectuadas por parte interesada. Es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba- para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba practica.

B) La revisión pretendida sólo puede basarse en las pruebas documentales o periciales sin que sea admisible su invocación genérica, y sin que las declaraciones de las partes o de testigos sea hábiles para alcanzar la revisión fáctica en el extraordinario recurso de suplicación.

C) El Juzgador ha de abstenerse de consignar en la relación de hechos probados cualquier anticipación de conceptos de derecho, que tienen su lugar reservado en la fundamentación jurídica.

D) La alegación de carencia de elementos probatorios eficaces, denominada por la doctrina "obstrucción negativa", resulta completamente inoperante para la revisión de los hechos probados en suplicación ante la facultad otorgada al Magistrado de apreciar los elementos de convicción.

E) La revisión pretendida debe ser trascendente para el sentido del fallo, esto es, influir en la variación de la parte dispositiva de la sentencia, y no puede fundarse en hechos nuevos no tratados ante el Juzgado de lo Social.

De los términos de la redacción fáctica solicitada ha de quedar excluido:

a). Todo lo que no sea un dato en sí, como los preceptos de normas reglamentarias de carácter interno o del convenio colectivo aplicable, y, en definitiva cualquier concepto jurídico.

b). Los hechos notorios y los conformes.

c). Los juicios de valor predeterminantes del fallo, cuya sede ha de corresponderse con la motivación o fundamentación jurídica del recurso.

d). Las hipótesis, conjeturas o elucubraciones, pues lo no acontecido, por posible, probable o incluso seguro que pudiera resultar llegar a ser, de darse las condiciones correspondientes, no ha llegado a ser, y debe quedar fuera de esa relación.

e). Los hechos negativos cuando equivalen a no acaecidos.

Dicho esto, y partiendo de que la Sala tiene una cognitio limitada para revisar los hechos probados, las dos revisiones declinan, y así, en cuanto a la primera, el hecho de que no se pactara expresamente por escrito la retribución variable no autoriza a entender no formara parte del contrato, o que no se acordara de mutuo acuerdo, puesto que el actor, vendedor de renta variable, desde el inicio de su relación laboral que se remonta al 25 de abril de 2005 ha percibido, hasta el año 2010 inclusive, además de una retribución fija anual de 165.000 euros, otra retribución variable en el mes de febrero del año siguiente al de devengo, en un importe cuantitativamente relevante, que rondaba e incluso superaba la retribución fija, dejándola de percibir coincidiendo con su despido de 17-2-12, conciliado con avenencia, es decir, dejó de abonársele tal retribución variable por el periodo devengado en 2011 y la parte proporcional de 2012. No existe, pues, el error in facto achacado a la redacción del hecho probado 2º, explicando convincentemente el iudex a quo en el fundamento de derecho tercero con relación a la mencionada retribución variable " *que se le ha venido pagando al demandante en las cuantías que discrecionalmente quiso la Empresa sin sujeción a un plan de objetivos concretamente determinados (...) En definitiva, una retribución que pese a haberse pactado con el trabajador es abonable dependiendo de la exclusiva voluntad de una de las partes contratantes*". El que no exista un documento firmado entre las partes, lo que ni siquiera oculta el trabajador en su demanda, no significa que no existiera el pacto, aparte de que no es posible técnicamente en el recurso extraordinario de suplicación introducir en el relato fáctico un hecho negativo, ni menos aún juicios de valor que predeterminen el fallo de la sentencia.

Y por lo que hace a la segunda revisión pretendida se ampara en documentos que ya han sido tenidos en cuenta por el Juzgador de instancia en la redacción del hecho, tan es así se afirma en el hecho probado 3º los pagos diferidos en efectivo y los pagos diferidos en acciones estaban sujetos a planes específicos, debiéndose por la Sala recordar de nuevo que, aun cuando se aceptara a los efectos dialécticos la revisión del hecho 3º, resulta que no podemos prescindir de un hecho determinante, cual es que desde el primer año de su relación laboral el demandante ha percibido retribución variable, a excepción del periodo reclamado.

En resumen, el relato fáctico queda firme.

TERCERO .- En el tercer motivo, en sede del Derecho aplicado, denuncia infracción del art. 26 ET y 1256 del Código Civil, así como doctrina judicial y jurisprudencial asociada, sosteniendo, en síntesis, es equivocada la conclusión alcanzada por la sentencia recurrida de que las retribuciones discrecionales son inexistentes en nuestro ordenamiento y que toda retribución salarial ha de ser incluida en el concepto de salario base, salvo que concurren las específicas exigencias de los complementos salariales, ya que el actor no tiene firmado documento alguno sobre incentivos, bonus o retribución variable, y no es así de aplicación el art. 1256 del Código Civil, no bastando los haya percibido en ocasiones anteriores en cantidades diferentes para presumir que tiene derecho a ellas indefinidamente, consolidándolas, terminando por discrepar de los parámetros a los que acude el iudex a quo al cuantificar las cantidades por las que condena.

CUARTO .- Conviene clarificar a los efectos de centrar debidamente el debate que la sentencia de instancia no asume la tesis del trabajador de que estemos ante una retribución vinculada al volumen de negocio conseguido, ni tampoco la tesis empresarial de que se trata de una retribución discrecional a abonar por la exclusiva voluntad de la empresa mientras esta sea su voluntad, ligada así a su exclusiva satisfacción, sino que a falta de fijación de objetivos concretos, cuantificables y previos al comienzo de cada ejercicio nos hallamos ante salario base que se devenga en abono del tiempo de trabajo pactado y los tiempos de descanso computables como de trabajo efectivo, acudiendo en cuanto a su cuantificación al promedio aritmético de las percibidas en los años 2008, 2009 y 2010.

QUINTO .- Nuestro ordenamiento jurídico contempla tres conceptos jurídicos de salario: el laboral, vinculado a la retribución o remuneración total por el trabajo realizado, el de Seguridad Social (salario cotización), que se identifica con los conceptos que integran la base de cotización, y el fiscal, ligado al rendimiento del trabajo sujeto al IRPF (salario fiscal), primando un ánimo recaudatorio más ligado a la

objetividad que a las partidas salariales, lo que explica haya partidas que no tengan la consideración de salario desde una óptica laboral y que, sin embargo, estén sujetas al IRPF por considerarse rendimientos íntegros de trabajo.

El salario no es otra cosa que el valor o precio de la fuerza de trabajo y así se habla del valor del trabajo llamando precio necesario o natural de éste a su expresión en dinero.

Al presumirse que el salario es la fuente principal por la que el trabajador satisface sus necesidades, el Derecho del Trabajo necesariamente debe protegerlo al cumplir una función social de estabilidad y de cumplimiento de la política económica del Estado, lo que se consigue por medio de diferentes vías: creación de un salario mínimo interprofesional (SMI), consideración como crédito privilegiado, declaración de inembargabilidad en la parte que no exceda del SMI, y estableciendo un Fondo de Garantía (FOGASA) en caso de insolvencia de las empresas. Es más, la importancia del abono puntual del salario es tal que la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado habilita al trabajador, conforme dispone el art. 50.1. b) ET, a solicitar la extinción de la relación laboral, eximiéndole de continuar cumpliendo su obligación contractual.

El ET se refiere indistintamente a los términos " *remuneración* " [artículos 4.2.f), 9.2, 28 y 37.3], " *retribución* " [artículos 9.1, 11.2 y 17.1] y " *salario* " [artículos 12.2, 26.1, 28, 29.4, 33 y 50.1.b)] para referirse a la contraprestación debida por el empresario al trabajador derivada de la venta de la fuerza de trabajo por este último. Incluso no faltan otros términos afines tales como " *crédito salarial* " (art. 32.2), " *obligaciones de naturaleza salarial* " (art. 42.2) y " *haber* " (art. 58.3).

La CE en su art. 35.1 afirma que todos los españoles tienen derecho " *a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo* ". En realidad se trata de una mera apelación retórica, ya que el denominado salario familiar no tiene luego en las leyes laborales una traducción práctica, al desentenderse del mismo.

Define desde un punto de vista laboral el art. 26.1 al salario como " *la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo* ". En términos parecidos se pronunciaba el art. 2 del derogado Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, sobre Ordenación del Salario. El salario es así un elemento consustancial e irrenunciable a la relación laboral o contrato de trabajo pues no puede existir este último, como se deduce del art. 1 ET, sin prestación por el trabajador de sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. De este concepto totalizador de las percepciones económicas percibidas por el trabajador la jurisprudencia ha inferido desde antiguo una presunción " *iuris tantum* " a favor de que todo lo que el trabajador percibe de la empresa le es debido en concepto amplio de salario (STS de 12 febrero 1985), correspondiendo a la empleadora que niega una determinada partida sea salarial la carga de la prueba de que no lo es, desplazándose la carga de la prueba hacia aquel que afirme que un concepto retributivo es extrasalarial (STS 25 octubre 1988 y SSTSJ Madrid de 12 febrero 2007, 23 marzo 1993 y 12 febrero 1998). El motivo de este traslado de la carga de la prueba a la empresa obedece a que en la práctica es frecuente la utilización fraudulenta de las partidas extrasalariales con la finalidad de reducir costes laborales, al quedar excluido su importe de cotización a la Seguridad Social (STSJ Castilla-La Mancha de 23 noviembre 1999). Por otra parte, la voluntad de las partes deviene irrelevante en cuanto a la calificación jurídica de la naturaleza de las partidas económicas que percibe el trabajador (SSTS de 7 diciembre 1987 y 2 noviembre 1989) pues las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son. La naturaleza jurídica de las instituciones viene determinada por la realidad de su contenido y la misma debe prevalecer sobre el nomen iuris que errónea o interesadamente puedan darle las partes. Así, por ejemplo, cuando las partes asignan la denominación de «incentivo básico», y no la de «parte fija del salario», siendo así que aquel concepto comporta una variabilidad y aleatoriedad contrarias al modo de devengarse el concepto retributivo en cuestión: por todos los trabajadores, con carácter mensual y en una cantidad fija para cada categoría determinada en el Convenio Colectivo (STS 22 octubre 2013, rec. 527/2013).

Es verdad que la voluntad de las partes en la calificación puede ser tenida en cuenta como pauta o criterio orientador, señaladamente cuando produce efectos en el Derecho Privado, pero deviene absolutamente irrelevante cuando los efectos de esa calificación como salario o como percepción extrasalarial se producen en el campo del Derecho Público (así, por ejemplo, en el ámbito del IRPF, responsabilidad del FOGASA, cotización y prestaciones). En esta línea se inscribe el art. 1 de Convenio núm. 95 de la OIT, de 8 de junio de 1949, relativo a la protección del salario, ratificado por España por instrumento de 12 de junio de 1958 (BOE de 22 de agosto de 1959) considerando salario a la " *remuneración o ganancia, sea cual fuere*

su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar por servicios que haya prestado o deba prestar".

SEXTO. - Es salario base la retribución fijada por unidad de tiempo o de obra (art. 26.3 ET). En el caso de fijarse por unidad de tiempo hay que tener en cuenta dos componentes básicos: el tiempo de trabajo (hora, día, mes o año) y la categoría o grupo profesional de pertenencia atendiendo al sistema de clasificación profesional establecido en el convenio colectivo que resulte de aplicación. Suele ser un salario mensual de grupo o categoría profesional recibiendo a veces en los convenios la denominación de salario fijo o garantizado.

En el caso de fijarse por unidad de obra hay que atender al resultado de la actividad laboral ligado a factores como el rendimiento o la productividad, no actuando aquí como salario fijo o garantizado sino de cuantía variable o indeterminada que dependerá del resultado obtenido por el trabajador (número de piezas, productos, operaciones, etc). El salario base es diferente del salario mínimo interprofesional.

Los pluses vinculados a la situación o resultados de la empresa no son consolidables, salvo acuerdo en contrario, (art. 26.3 ET). Se incluyen en este grupo las gratificaciones en función de las ventas, la participación en beneficios empresariales, el "bonus" o conceptos similares que suelen tener una configuración mixta al estar vinculados al trabajo realizado por el productor y a la situación y resultados de la empresa. Los denominados "bonus" son generadores de una alta litigiosidad en los tribunales. En general, tanto en la práctica como en la doctrina de suplicación mayoritaria, se viene aceptando la aplicación de una acusada dosis de discrecionalidad por parte de la empresa, configurándose como un complemento retributivo cada vez abonado con mayor frecuencia por las empresas, pero apenas regulado en nuestra legislación.

La doctrina judicial ha sentado las siguientes pautas en relación al bonus:

Se configura como una retribución variable independiente del salario que por graciosa concesión de la empresa se da a los trabajadores. El bonus premia la dedicación extraordinaria o el rendimiento superior al habitual del trabajador y los resultados obtenidos en el ejercicio de su actividad. Es un complemento sujeto a cierta discrecionalidad de la empresa, es decir, su concesión no tiene carácter obligatorio, sino que al contrario, es la empresa la que en último término y de acuerdo con los objetivos fijados para la obtención del bonus, decide la concesión o no al trabajador. No es una retribución fija ni consolidable, sino variable y por objetivos, pues depende de la valoración individual de cada trabajador y de los resultados económicos de la empresa.

SEPTIMO .- Los principios básicos en que han de inspirarse y orientar las prácticas retributivas de las empresas son la transparencia, la racionalidad (mayor concreción y objetividad) y control de riesgos.

Ahora bien, el que una empresa no fije objetivamente los resultados a obtener en la cuantificación de una retribución variable no le exime de su abono (SSTS de 15 Dic. 2011, rec. 1203/2011 , y 16 May. 2012, rec. 168/2011 , entre otras muchas).

Así, la STS de 15 de diciembre de 2011, recurso 1203/11 , ha señalado:

"En tales condiciones el hecho de que el contrato establezca que el trabajador podrá acceder a un incentivo condicionándolo a la fijación de los objetivos por la empresa, utilizando una terminología -el "bonus"- que en el argot empresarial es conocido por su fijación unilateral por el empresario, y cuando los objetivos de los que dependía la percepción del complemento no se conoce si eran los que había de alcanzar cada trabajador o los objetivos fijados para la empresa en su conjunto, permite interpretar la realidad de un contrato con un pacto de incentivos sujeto a la exclusiva voluntad de uno de los contratantes contrariando lo prohibido por el art. 1256 del Código Civil , y por lo tanto, de un pacto de incentivos realmente no condicionado, y por lo tanto exigible en la cuantía prometida. En cualquier caso, como señala el recurrente, se trata de un pacto que, ante su falta de claridad y su falta de desarrollo posterior por no haberlo ni siquiera intentado la empresa, no pueden sino interpretarse en el sentido más adecuado para que los mismos puedan causar efecto - art. 1284 CC - y en contra de quien incluyó esas cláusulas en el contrato, que obviamente fue la empresa - art. 1288 CC -.

En este mismo sentido cabe señalar que esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia de 14 de noviembre de 2007 (rec. 616/2007), con cita de la de 19/11/2001 (rec.- 3083/2000), recuerda que: "contemplando un supuesto semejante en el que se había acordado una retribución por objetivos a fijar por la empresa y en el que tampoco se había concretado cuáles ni de qué naturaleza eran los objetivos a tener en cuenta llegó a la misma conclusión al señalar que al no haberse fijado los "objetivos de cuyo cumplimiento se hiciera depender el devengo", a la vista de que ante la "ambigüedad de los términos de la cláusula contractual,

se ignora si la referencia a objetivos se hace a los del actor o a los de la empresa en su conjunto", y de que "así las cosas el complemento tiene más características del denominado en el argot empresarial "bonus", entendiéndose por tal aquel complemento cuya concreción final queda en manos del empresario".

OCTAVO .- Pues bien, fijado todo lo anterior, debemos partir de que el actor ha venido prestando sus servicios por cuenta de la demandada desde el 25-4-2005, como vendedor de renta variable, percibiendo una retribución fija anual de 165.000 euros más una retribución variable que desde el inicio ha obtenido anualmente con las oscilaciones a que hace méritos el hecho probado tercero, y que supone una parte cuantitativamente muy importante de su salario. El hecho de que no se pactara expresamente por escrito la retribución variable no autoriza a entender no formara parte del contrato, o que no se acordara de mutuo acuerdo. Sucede que toda retribución variable, por su propia definición, va vinculada a la obtención de unos objetivos, resultados o beneficios, y en ningún momento en el caso enjuiciado quedaron concretados ni especificados por la demandada, mas ello no le exime de su abono, por cuanto si el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula, y la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.115 y 1256 CC). Coincidimos con la sentencia de instancia en que siendo el contrato de trabajo bilateral, oneroso y sinalagmático todo lo percibido por el actor por la venta de su fuerza de trabajo, incluyendo la retribución variable, es salario. Más cuestionable es que tal retribución variable, a falta de fijación de objetivos concretos, cuantificables y previos al comienzo de cada ejercicio, deba imputarse al salario base, como lo entiende la sentencia recurrida, pues a nuestro modo de ver sigue mereciendo tal consideración de retribución variable. Pero, aún así, la sentencia merece ser confirmada con desestimación del recurso, porque para el cálculo de lo adeudado se ha acudido a un criterio equitativo y proporcionado, cual es el promedio de las cantidades percibidas por retribución variable en las anualidades del 2008 al 2010.

Procede la condena en costas del recurrente por importe de 500 euros (art. 235 LRJS) y así mismo la pérdida del depósito para recurrir y de la consignación a las que se dará su destino legal una vez firme la sentencia (art. 204 LRJS).

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por DEUTSCHE BANK AG (Sucursal en España), contra la sentencia de fecha cinco de julio de dos mil trece, dictada por el Juzgado de lo Social número 34 de MADRID , en sus autos número 912/12, seguidos a instancia de D. Erasmo frente a la citada recurrente, en reclamación de cantidad. En su consecuencia, confirmamos la sentencia de instancia. Condenamos en costas a la recurrente por importe de 500 euros y a la pérdida del depósito para recurrir y de la consignación a las que se dará su destino legal una vez firme la sentencia.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220 , 221 y 230 de la LRJS .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en Paseo del General Martínez Campos 35, de Madrid.

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:



Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2826000000 nº recurso.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ