



Roj: STSJ BAL 332/2011 - ECLI:ES:TSJBA:2011:332
Id Cendoj: 07040340012011100080
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 1
Nº de Recurso: 516/2010
Nº de Resolución: 86/2011
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: MARGARITA TARABINI-CASTELLANI AZNAR
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00086/2011

Nº. RECURSO SUPPLICACION 516/2010

Materia: EXTINCIÓN CONTRATO TEMPORAL

Recurrente/s: D^a Virtudes

Recurrido/s: D. Carlos Alberto , GAS GREGAL, S.L, JAIME CANAVES E HIJOS, S.L.

Juzgado de Origen/Autos: JUZGADO DE LO SOCIAL NÚMERO UNO DE PALMA DE MALLORCA

Demanda: 142/10

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE:

DON FRANCISCO J. MUÑOZ JIMÉNEZ

MAGISTRADOS:

DON ANTONI OLIVER REUS

DOÑA MARGARITA TARABINI CASTELLANI AZNAR

En Palma de Mallorca, a veintitrés de marzo dos mil once.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados que constan al margen, ha pronunciado

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

la siguiente

S E N T E N C I A NÚM. 86/2011

En el Recurso de Suplicación núm. **516/2010**, formalizado por el Sr. Letrado D. Jaime Pastor Aloy, en nombre y representación de D^a Virtudes , contra la sentencia de fecha quince de junio de dos mil diez, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma de Mallorca, en sus autos demanda número 142/10, seguidos a instancia de la citada parte recurrente y D. Carlos Alberto , representado por el Sr. Letrado D. Jaime Pastor Aloy, frente a Gas Gregal, S.L. representado por la Sra. Letrada D^a. Margarita Montaner Matas y Jaime Cánaves e Hijos, S.L. representado por la Letrada Sra. Catalina Riera Femenias, en reclamación por Extinción Contrato Temporal, siendo Magistrada-Ponente el Ilmo. Sra. D^a MARGARITA TARABINI CASTELLANI AZNAR, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

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

PRIMERO.- Los codemandados han venido prestando los siguientes servicios para las siguientes empresas codemandadas:

- A- La codemandante D^a. Virtudes , mayor de edad, cuyos demás datos personales constan en el encabezamiento de la demanda, y se dan por reproducidos. Ha prestado servicios para la codemandada GAS GREGAL SL desde el 1.07.09 sin formalizarse contrato y desde el 16.07.09 mediante una relación laboral eventual a tiempo completo hasta el día 15.01.2010. La categoría que ha ostentado ha sido "Auxiliar Administrativa". El salario bruto mensual con prorrata de pagas extras es de 1.599,22 euros, o 53,31 euros/día.

Los servicios de la actora para la parte codemandada JAUME CÁNAVES E HIJO, SL., desde el 19.07.91 mediante una relación diversa a la laboral hasta 30.06.2009, procediéndose a la retención del 15% de su retribución, continuando en la actualidad dada de alta en el RETA.

- B- El codemandante D. Carlos Alberto , mayor de edad, cuyos demás datos personales constan en el encabezamiento de la demanda, y se dan por reproducidos. Ha prestado servicios en el almacén para la codemandada GAS GREGAL SL desde el 1.07.09 sin formalizarse contrato y desde el 16.07.2009 mediante una relación laboral eventual a tiempo completo hasta el día 15.01.2010. La categoría que ha ostentado ha sido "Guarda de almacén". El salario bruto mensual con prorrata de pagas extras es de 1.163,94 euros, o 38,80 euros/día.

Los servicios para la otra empresa codemandada JAUME CÁNAVES E HIJO, SL., desde el 1.07.94 mediante una relación diversa a la laboral hasta 30.06.2009, siendo socio del 25% de la empresa así como administrador solidario de la misma, y cotizando la empresa por el seguro de RETA del actor y reteniendo un 34% de IRPF y un salario constante de 5.698,93 euros netos y una paga extra en julio 2008 de 5.322,62 euros.

(documental num. 3 a 7 de la codemandada GAS GREGAL, que concuerdan con los documentos 4 a 25 y 40 a 45 de los aportados por la actora, confesión judicial del Sr. Ezequiel)

SEGUNDO.- Los actores no han firmado los contratos temporales con la empresa GAS GREGAL SL eventuales a tiempo completo (cod. 402), cuyo objeto consta en la cláusula SEXTA del contrato, con el siguiente tenor: "Refuerzo de plantilla para atender sobrepedidos_". En dichos contratos y respecto a la finalización del mismo se dispone (cláusula TERCERA) desde __ 16/07/09 hasta 15.01.10 __, y que se dan por reproducidos.

(documento 8 y 9 de codemandada GAS GREGAL y doc. 3 y 23 de la parte actora, no impugnados)

TERCERO.- La empresa JAIME CÁNAVES E HIJOS SL se vio obligada a reunificarse con otras dos empresas, por imposición del contrato de Agencia con REPSOL BUTANO SA, formándose en febrero de 2010 la entidad GAS GREGAL SL. La cual está participada en un 47% por aquella empresa familiar.

El 1.07.2009 los trabajadores de las tres empresas serían subrogados por la empresa GAS GREGAL SL en sus derechos y situación laboral preexistente al cambio empresarial. Para lo cual se formalizaron ante notario Escritura de Acuerdo Sociales en fecha 30.06.2009.

(documento 12 de la codemandada GAS GREGAL -acta notarial-)

CUARTO.- En los acuerdos sociales de subrogación (comunicación de sucesión empresarial a los trabajadores), a efectos de notificación e información a los trabajadores de la sucesión con efectos del 01.07.2009; se acudió a la empresa JAIME CÁNAVES E HIJOS SL en fecha 12.06.2009, firmando el conocimiento de la misma la totalidad de la plantilla y los administradores. Firmó Don. Ezequiel , así como los actores, todo ello para su presentación ante la administración laboral y de SS.

Previamente, en acuerdo de 17.03.2009 se acordó "subrogar todo el personal laboral incluyendo la antigüedad a Gas Gregal SL. sin ningún compromiso para las participes excepto las que marque la Ley. Se excluye de momento los socios de las agencias que realicen funciones de trabajador"

(documento 14 de la codemandada GAS GREGAL y doc. 10 y 12 de la codemandada J. CÁNAVES E HIJOS, interrogatorio del D. Joaquín)

QUINTO.- Por Reunión de 16.07.2009 (núm. 1/2009) se acordó, en el punto TERCERO de los acuerdos, la contratación de los actores. La Sra. Marisol como administrativa y el Sr. Carlos Alberto como almacenista con la retribución igual al de José Jaime (Almacenista de Inca). Formalizándose los referidos contratos temporales.

En fecha 31.12.09 se intentó la notificación de la comunicación del cese del contrato temporal negándose los trabajadores a su firma, y constando la de dos testigos.

(doc. 11 de la codemandada J. CÁNAVES E H.S.L., interrogatorio Don. Joaquín , documental de la codemandada GAS GREGAL doc. 10 y 11)

SEXTO.- El día 15.01.2010 desde GAS GREGAL se había dado orden para no dejar entrar a los trabajadores al finalizar su contrato ese día y se había convocado Consejo de administración que se suspendió por solicitud de D. Ezequiel .

Los trabajadores pudieron acudir a su centro de trabajo, por lo que desde gerencia se ordenó el cambio de la cerradura, y convocó junta del Consejo de administración que en fecha 18.01.2010 ratificó los acuerdos anteriores sobre la contratación.

(doc. 12 de la codemandada GAS GREGAL acta notarial, el acta de la junta de 18.01.10 de la actora y ss).

SÉPTIMO.- Con fecha 19.01.2010 se levanta acta notarial en la oficina Repsol Butano en Puerto Alcudia C/Metge Reynes 3, por la cual Don. Ezequiel pregunta al Presidente del Consejo de Administración de GAS GREGAL si están despedido los actores, remitiéndose a la copia de la comunicación del cese y el plazo fijado en el contrato

(documento nº 12 del ramo de prueba de la codemanda GAS GREGAL).

OCTAVO.- La empresa ha procedido a dar de baja de cotización en la Seguridad social a los actores el 15.01.2010.

(documento num. 1 y 29 de los actores).

NOVENO.- Los actores instaron el correspondiente acto de conciliación por escrito de 3.02.2010, realizándose el 12.02.2010

(documento 3 de la demanda).

NOVENO.- Los demandantes no ostentan ni han ostentado la cualidad de representante legal ni sindical de los trabajadores.

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

Que estimando en parte la demanda formulada por D^a. Virtudes y D. Carlos Alberto frente a las empresas GAS REGAL, SL., y JAIME CÁNAVES E HIJOS, S.L., debo declarar y declaro **improcedente** el despido de los actores, condenado a la empresa codemandada GAS REGAL, SL., a estar y pasar por tal declaración absolviendo a la otra empresa codemandada JAIME CÁNAVES E HIJOS, S.L., y a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente sentencia, opte entre la readmisión de los citados trabajadores demandantes en las mismas condiciones anteriores al despido o el abono al mismo de una indemnización cifrada para cada trabajador en la cantidad de **1.399,39 euros** (para Doña. Marisol) y de cantidad de **1.018,5 euros** (para el Sr. Ezequiel) y asimismo a que en todo caso le abone los salarios dejados de percibir por estos trabajadores desde la fecha del despido (15.01.2010) y hasta la notificación de la presente resolución.

TERCERO.- Contra dicha resolución se anunció recurso de suplicación por el Sr. Letrado D. Jaime Pastor Aloy, en nombre y representación de D^a Virtudes , que posteriormente formalizó y que fue impugnado por la representación de Gas Gregal, S.L.; siendo admitido a trámite dicho recurso por esta Sala, por Providencia de fecha diez de diciembre de dos mil diez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interesa la recurrente la modificación del primero y del segundo de los hechos probados. La redacción que se propone al primero de ellos es la siguiente: "-A- La codemandante D^a Virtudes ha prestado servicios para la empresa codemandada Jaime Cánaves e Hijos, S.L., desde el día 19 de julio de 1991, con la categoría de Auxiliar Administrativa y salario íntegro de 1399, 22 # mensuales, hasta el día 30 de junio de 2009. Y desde el día 1 de julio de 2009 para la otra empresa codemandada, Gas Gregal, S. A., en virtud de subrogación producida el 1 de julio de 2009 " La revisión del segundo de los hechos se dividiría igualmente en dos apartados A y B, correspondiendo el A a la actora y B al codemandante que, por no haber recurrido, queda con la redacción original. El apartado A indicaría: "A la actora la empresa codemandada, Gas Gregal, S.A. le presentó, para su firma, un contrato temporal cuyo objeto era "Refuerzo de plantilla para

atender sobrepedidos", con efectos del día 16 de julio de 2009, y que la actora se negó a firmar por estar prestando servicios para la misma desde el día 1 de julio de 2009 en virtud de subrogación efectuada". Con la modificación de estos hechos quedaría acreditada la relación laboral desde 1991 y con ello la exigencia de subrogación en virtud del art. 44 ET y, en consecuencia, una antigüedad que habría de ser considerada para la indemnización por despido.

El problema que presenta la solicitud revisoria de los hechos es que está plagada de referencias jurídicas, como también ciertamente la relación de hechos probados de la sentencia de instancia. No es posible, en consecuencia, proceder a las modificaciones solicitadas sin quebrantar las condiciones que han de cumplirse para ello y es que no anticipen conceptos de derecho, que tienen su lugar apropiado en la fundamentación jurídica. Tanto la referencia a la contratación laboral en el primero de los hechos como a la subrogación en ambos constituyen categorías jurídicas que no pueden constar en los mismos. En consecuencia, se rechaza la modificación solicitada.

SEGUNDO.- Los motivos de censura jurídica se centran en la infracción de los artículos 1, 8, 44 y 56 ET. A juicio de la recurrente en relación con los dos primeros preceptos citados existe una relación laboral de la actora con la empresa Jaime Cánaves e Hijos, S.L., por cuanto ha quedado demostrada la prestación de servicios en régimen de ajenidad, dado el cobro de salarios, y dependencia, de acuerdo con un horario. Además, el hecho de estar casada con uno de los Administradores no impide calificar dicha relación como laboral y no incluirla, como hace la sentencia de instancia con una terminología un tanto confusa, en los trabajos familiares, excluidos del Estatuto de los Trabajadores. Insiste en este aspecto señalando que, además, no está casada con el empresario sino con el administrador, "cosa muy distinta (sic)". La calificación laboral de la relación implica, a juicio siempre de la parte recurrente, que no se ha aplicado correctamente el art. 44 ET, pues de la subrogación contractual de la empresa Gas Gregal, S.A. sólo quedaron excluidos los socios y ella no lo es. Y en el mismo sentido, la laboralidad de la relación que mantenía con la primera empresa y el derecho a formar parte de la plantilla de la segunda como consecuencia de la sucesión empresarial, implica que la indemnización que le corresponde no haya de ser calculada únicamente considerando el período del contrato eventual que la vinculó con Gas Gregal, S. A., sino teniendo en cuenta la prestación laboral con Jaime Cánaves e hijos, S. L.

La estructura del recurso y su solución es bien clara. Sólo de acreditarse que la relación entre Doña Marisol y la empresa Jaime Cánaves e hijos, S. L., era de naturaleza jurídico laboral se analizarán las otras dos peticiones. Pues bien, el Estatuto de los Trabajadores excluye de su ámbito de aplicación y, en consecuencia, resultan relaciones no encuadrables en el marco jurídico-laboral, a los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, entre otros, el cónyuge. El marido de Doña Marisol poseía un 25 por cien de las acciones de la empresa Jaime Cánaves e Hijos S.L. y además era administrador solidario, lo que supone que poseía el control de dicha sociedad y, por tanto, era empresario, (docs. 1 y 21 folios 175 y 320 y ss. de autos) y en la actualidad forma parte del Consejo de Administración de Gas Gregal con un 47 por cien de participación en el capital. En consecuencia, estamos ante un supuesto de trabajos familiares, por lo que el tema a dilucidar consistirá en si ha quedado probada la condición de asalariada de señora Marisol. Condición que requerirá de la concurrencia de los indicios de ajenidad y dependencia y que no necesariamente queda acreditada con los documentos relativos a los recibos de salarios. En efecto, cuando estamos ante trabajos familiares los indicios de laboralidad deben estar especialmente reforzados. No puede olvidarse que la presunción de su exclusión del Estatuto de los Trabajadores se ampara en la difícil existencia de ajenidad y de la sujeción clara a un círculo rector u organizativo (STSJ de Extremadura de 27 de enero de 1998, rec. núm. 34/1998). Por ello, datos como, por ejemplo, el recibo de salarios que en otras ocasiones podría ser inequívoco, en estos casos pueden constituir una mera formalidad, por lo que se requiere de la concurrencia de mayores pruebas que demuestren la ajenidad. Así, la percepción regular de cantidades imputadas al concepto de salario constituye un índice menos determinante del carácter laboral de la relación cuando éste se establece entre personas que reúnen el tipo de parentesco del art. 1.3 ET. En estos casos se hace especialmente conveniente comprobar que el percceptor no intervenía en la organización de la actividad empresarial y que los resultados de su trabajo no aprovechaban a un fondo familiar común y al que se imputaban los beneficios o pérdidas del negocio, sin que el dato de que la empresa familiar revista la forma jurídica de sociedad desvirtúe esta presunción (STSJ de Andalucía/Málaga, de 31 de mayo de 2003, rec. núm. 465/2003). Así, si el marido personifica la voluntad social de la empresa Jaime Cánaves e hijos, S. L., resulta realmente difícil entender que haya ajenidad en la prestación de servicios por parte de su mujer en la misma, como señala la STSJ de Andalucía/Granada de 21 de septiembre de 1993, rec. núm. 349/1992. En el presente caso no hay rastro más allá de los citados recibos de salarios y la leve referencia en los fundamentos

jurídicos de la sentencia a un horario a mayores indicios de laboralidad cuando la situación lo requería. No hay referencia, por ejemplo, a las tareas realizadas, cuáles eran en concreto, si se correspondían a la categoría especificada, en qué medida se sometían a unas determinadas directrices. Tampoco hay aclaración de que las percepciones económicas no aprovechaban al fondo familiar común. Ciertamente, de los datos obrantes en el expediente no resulta posible destruir la presunción de que dicha relación no es laboral. Como no puede entenderse que la misma cumple las notas del art. 1.1 ET, no procede analizar las infracciones de los art. 44 y 56 ET.

A la vista de lo expuesto:

FALLAMOS

SE DESESTIMA el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación de D^a. Virtudes , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número 1 de Palma de Mallorca, de fecha 15 de junio de 2010, en los autos de juicio nº 142/10 seguidos en virtud de demanda formulada por la citada parte recurrente y D. Carlos Alberto frente a Gas Gregal, S.L., y Jaime Cánaves e Hijos, S.L. y, en su virtud, **SE CONFIRMA** la sentencia recurrida.

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

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA ante la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por abogado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes al de su notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos 216 y siguientes, y con las prevenciones determinadas en los artículos 227 y 228 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Además si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en el Banco Español de Crédito, S.A.(BANESTO), Sucursal de Palma de Mallorca, cuenta número 0446-0000-65-0516-10 a nombre de esta Sala el importe de la condena o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Conforme determina el artículo 227 de la L.P.L. el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregando en esta Secretaría al tiempo de preparar el recurso la consignación de un depósito de 300 euros, que deberá ingresar en la entidad bancaria Banco Español de Crédito, S.A. (BANESTO), sucursal de la calle Jaime III de Palma de Mallorca, cuenta número 0446-0000-66-0516-10.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Guárdese el original de esta sentencia en el libro correspondiente y líbrase testimonio para su unión al Rollo de Sala, y firme que sea, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia junto con certificación de la presente sentencia y archívense las presentes actuaciones.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de la fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado - Ponente que la suscribe, estando celebrando audiencia pública y es notificada a las partes, quedando su original en el Libro de Sentencias y copia testimoniada en el Rollo.- Doy fe.