



Roj: **STSJ EXT 1120/2017 - ECLI: ES:TSJEXT:2017:1120**

Id Cendoj: **10037340012017100605**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **10/10/2017**

Nº de Recurso: **549/2017**

Nº de Resolución: **624/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **CASIANO ROJAS POZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

SENTENCIA: 00624/2017

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax: 927 62 02 46

NIG: 06015 44 4 2016 0002124

Equipo/usuario: MMC

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000549 /2017

Procedimiento origen: DEM DEMANDA 0000442 /2016

Sobre: SANCION

RECURRENTE/S D/ña DOÑA TERESA SA

ABOGADO/A: MANUEL NIETO PEREZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: DIRECCION GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ABOGADO/A: ABOGADO DEL ESTADO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

Ilmos. Sres.

D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ

Dª ALICIA CANO MURILLO

D. CASIANO ROJAS POZO

En CÁCERES, a diez de octubre de 2017. .

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA DE LO SOCIAL DEL T.S.J. EXTREMADURA, 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

SENTENCIA N° 624/17

En el RECURSO SUPPLICACIÓN N° 549/17, interpuesto por el Sr. Letrado D. MANUEL NIETO PÉREZ, en nombre y representación de la empresa "DOÑA TERESA S.A", contra la Sentencia número 132/17, dictada por el Juzgado de lo Social N° 4 DE BADAJOZ , en el procedimiento DEMANDA n° 442/16, seguido a instancia de la parte Recurrente, frente a la DIRECCIÓN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, parte representada por el Sr ABOGADO DEL ESTADO, siendo Magistrado-Ponente el ILMO. SR. D. CASIANO ROJAS POZO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: DOÑA TERESA S.A, presentó demanda contra la DIRECCIÓN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 132/17 de 24 de marzo de 2017 .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados : " *PRIMERO. El día 27 de febrero de 2014, la Inspección Provincial de Badajoz y Seguridad Social de Badajoz elaboró el acta de infracción 162014000013444. En la misma se hicieron constar los siguientes hechos: El día 14 de enero de 2014, a las 10:30 horas, se realiza visita de inspección al centro de trabajo sito en Carretera Almendralejo-Badajoz km 37,5 en el término municipal de Badajoz, en compañía de miembros de la Guardia Civil, efectuándose el correspondiente control de empleo de los trabajadores presentes en el centro de trabajo, los cuales se encontraban recogiendo aceituna. Dichos trabajadores prestan servicios para la empresa TOMAS ARAGUETE RODRÍGUEZ, si bien la titularidad de la finca corresponde a la mercantil DOÑA TERESA, SA, la cual encarga a la primera de las empresas señaladas la recogida de la aceituna. Ambas empresas se dedican a las actividades de cultivo. Concluida la vista de inspección se entregan sendos oficios de citación a las dos empresas señaladas, solicitando su comparecencia en las dependencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el 21 de enero de 2014, a efectos de aportar la correspondiente documentación socio- laboral. En relación con la empresa DOÑA TERESA, SA, se determina lo siguiente: Según el contrato de prestación de servicios aportado, la empresa DOÑA TERESA, SA, subcontrata la recogida de aceituna de sus olivares a la empresas TOMÁS ARAGUETE RODRÍGUEZ, la cual acepta el encargo y asume las responsabilidades derivadas del servicio pactado. El precio por el que se concierta la realización del servicio se fija en el importe de 0,1202 céntimos de euro el kilo recogido. Ambas empresas se dedican a las actividades de cultivo, y la titularidad del centro de trabajo corresponde a la empresa DOÑA TERESA, SA. En comparecencia de 21 de enero de 2014, el representante de la empresa DOÑA TERESA, SA no acredita, en ningún caso, el cumplimiento de lo establecido en el artículo 5.1 del Real Decreto 5/201 1, en cuanto al hecho de que la empresa DOÑA TERESA, SA no comprobó con carácter previo al inicio de la actividad subcontratada a la empresa TOMÁS ARAGÜETE RODRÍGUEZ, el alta en Seguridad Social de cada uno de los trabajadores relacionados anteriormente. En conclusión, la empresa DOÑA TERESA, SA no ha cumplido con su obligación de comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación o alta en la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que la empresa TOMÁS ARAGÜETE RODRÍGUEZ ha ocupado durante el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata. En el acta se calificaron los hechos como una infracción en materia de Seguridad Social del artículo 22.11 de la LISOS , tipificada y calificada como grave, considerándose una infracción por cada uno de los trabajadores afectados, en este caso 66, proponiendo la imposición de una sanción de 41.316,00 euros (626 € por cada trabajador afectado). SEGUNDO. El día 30 de julio de 2014, el Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social dictó una resolución que confirmó la sanción inicialmente propuesta en el acta. TERCERO. Interpuesto recurso de alzada frente a la resolución, el Director General de Ordenación de la Seguridad Social desestimó el mismo por medio de resolución de 30 de mayo de 2016. CUARTO. Cuando la empresa DOÑA TERESA, SA contrató con TOMÁS ARAGÜETE RODRIGUEZ la recogida de aceituna en la finca, le pidió un listado de los trabajadores que iban a trabajar en la misma. Éste se los facilitó en una libreta manuscrita y el personal de la empresa DOÑATERESA, SA confeccionó con esos datos un listado en su ordenador. Listado que utilizaba el personal de la empresa demandante para pasar lista a los trabajadores de TOMÁS ARAGÜETE que prestaban servicios en la finca".*

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: " Desestimo la demanda presentada por el letrado Sr. Nieto, en nombre y representación de la empresa DOÑA TRESA, SA contra



la DIRECCIÓN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Por ello, le absuelvo de todas las pretensiones contenidas en la misma".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por "DOÑA TERESA, S.A", interponiéndolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos a esta Sala, tuvieron entrada en fecha 30 de agosto de 2017.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día para los actos de deliberación, 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 . - Se somete a nuestra consideración en esta ocasión, por la vía del recurso de suplicación, la sentencia nº 132/2017, de fecha 24/03/2017 , dictada por el Juzgado nº 4 de Badajoz, en sus autos de SEGURIDAD SOCIAL 442/2016, que, en definitiva, viene a confirmar la sanción impuesta a la mercantil hoy recurrente por haber incumplido con la obligación de comprobar, con carácter previo al inicio y durante todo el periodo de ejecución de la prestación de la actividad subcontratada de recogida de aceitunas en su finca, la afiliación o alta en la Seguridad Social de los trabajadores que la empresa subcontratista ha ocupado en ella.

Frente a ella se alza la empresa sancionada proponiendo, en primer lugar, la revisión fáctica ex art 193 b) LRJS, pretendiendo la refundición de los dos últimos párrafos del hecho probado primero por un único párrafo del siguiente tenor: " *Consta en el expediente aportado por la Administración demandada que la empresa Doña Teresa SA ha cumplido con su obligación de comprobar, con carácter previo al inicio de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación o el alta en la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que la empresa TOMÁS ARAGÜETE RODRÍGUEZ ha ocupado durante el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata* ", cuando en los dos párrafos que se pretende refundir declara probado todo lo contrario, y ello se pretende conseguir sin expresar con claridad el documento en que se sustenta, pues menciona hasta cuatro documentos: el acta de la inspección obrante a los folios 52 y siguientes, el contrato privado firmado entre las partes de fecha 11/12/2013, los listados de trabajadores comprendidos en los folios 299/340 y el informe de la TGSS de los trabajadores en alta que obra al folio 73, lo que hace completamente comprensible el argumento impugnatorio realizado por la Abogacía del Estado de que " *la recurrente no pretende, bajo el primer motivo del recurso, corregir un error en la relación de hechos probados con un documento que lo evidencia de forma clara, patente y directa, sino que se basa en conjeturas o argumentaciones que no pueden admitirse en el marco del art 193 b) LJS* ", según doctrina que menciona de esta propia Sala.

Y a continuación esgrime la infracción, al amparo de la letra c) del art 193 LRJS , la vulneración del art 5.1 del Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril , de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas y del art 3.2 de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre , por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social, que igualmente son combatidos por la Abogacía del Estado en la forma que se expondrá a continuación.

SEGUNDO . - Planteado el debate en estos términos, debe inmediatamente rechazarse la modificación / refundición fáctica pretendida, pues en modo alguno los documentos en los que se sustenta ponen de manifiesto, de modo claro, evidente, directo, patente y contundente, sin que sea necesario tener que acudir para ello a conjeturas de clase alguna, ni a elucubraciones, suposiciones o argumentaciones añadidas, la equivocación sufrida en instancia, pretendiendo en realidad que la Sala acepte la lectura de la documentación, y en general de todo el material probatorio existente en autos, que hace la defensa de la actora, debiendo recordarse que nos encontramos en el ámbito de un recurso extraordinario y que la función de valorar la prueba corresponde al Juzgador de instancia, sin que aparezca constatado, en modo alguno, la existencia de un error o equivocación patente en su ejercicio.

TERCERO . - En cuanto a la infracción del art 5.1 del Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril , de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas, está condenada al fracaso, pues el planteamiento del recurrente olvida que la labor de comprobación del alta en la Seguridad Social que le correspondía no se limitaba al momento inicial de la prestación de la recogida de aceitunas (por así decirlo el primer día), sino que le era exigible esta función de control todos y cada uno de los días y por todos y cada uno de los trabajadores que la subcontratista enviaba a trabajar cada uno de dichos días, tal y como se deduce claramente de la expresión "durante el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata" que se introdujo en el precepto por el artículo quinto de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre , de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social («B.O.E.» 27 diciembre). Vigencia: 28 diciembre 2012, en cuyo



preámbulo puede leerse que " *En el nuevo apartado 11 del artículo 22 se extiende el deber de comprobación, por parte de aquellos empresarios que contratan o subcontratan obras o servicios correspondientes a su propia actividad o se prestan de forma continuada en sus centros de trabajo, de la previa afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores ocupados, no sólo a su inicio sino durante la ejecución de la contrata o subcontrata* ", y que " *Finalmente, el artículo quinto modifica, a su vez, el artículo 5 del Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas, por coherencia normativa con el tipo infractor establecido en el artículo 22.11 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto* ".

CUARTO . - En cuanto a la vulneración del art 3.2 de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social (" *Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, si se contrata a trabajadores eventuales o fijos discontinuos el mismo día en que comiencen su prestación de servicios, las solicitudes de alta podrán presentarse hasta las 12 horas de dicho día, cuando no haya sido posible formalizarse con anterioridad al inicio de dicha jornada. No obstante, si la jornada de trabajo finaliza antes de las 12 horas, las solicitudes de alta deberán presentarse, antes de la finalización de esa jornada* ") se sustenta en la explicación, no descabellada a su juicio, que dio la empresa subcontratista de que tenía todo preparado para dar de alta a los trabajadores pero que lo impidió la propia actuación de la inspección de trabajo, teniendo en cuenta que la abundante pluviometría del mes de diciembre había determinado la decisión de ir dando de alta cada día a los trabajadores si se constataba que la lluvia dejaba trabajar.

La Abogacía del Estado contraargumenta que el precepto se circunscribe a los eventuales o discontinuos que sean contratados el mismo día en que se inicie la actividad y, además, que "no haya sido posible formalizarse con anterioridad al inicio de dicha jornada", extremos, uno y otro, que entiende no han quedado acreditados.

La sentencia aborda esta cuestión razonando que " *este precepto prevé dicha posibilidad para los supuestos en que se contrate a trabajadores eventuales o fijos discontinuos en mismo día en que comiencen su prestación de servicios, lo cual casa mal con la afirmación de los testigos de que tenían el listado de los trabajadores que iban a prestar sus servicios en la finca* ", lo que es combatido en el recurso afirmando la condición de eventuales de los trabajadores de esas listas por cuanto ninguno de ellos trabajó en los días precedentes a la inspección por impedirlo las condiciones climatológicas existentes.

En fin, planteado el debate en estos términos, la Sala reconoce el enorme esfuerzo argumental del letrado de la empresa recurrente, pero ello no impide que compartamos la tesis de la Abogacía del Estado, esto es, que no existe explicación alguna para justificar que no se diera de alta a los trabajadores antes del inicio de la jornada, teniendo en cuenta que la inspección no llegó a la finca hasta las 10:30 horas, amén de que la conclusión a la que llega el Juzgador de Instancia es totalmente razonable y coherente.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de suplicación interpuesto por el letrado D^o MANUEL NIETO PÉREZ en nombre y representación de la mercantil DOÑA TERESA S.A., contra la sentencia n^o 132/2017, de fecha 24/03/2017, dictada por el Juzgado n^o 4 de Badajoz, en sus autos de SEGURIDAD SOCIAL 442/2016, que CONFIRMAMOS.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por la mercantil para recurrir al que, una vez firme la presente Resolución y por el Juzgado de procedencia, se le dará el destino legal.

Se imponen las costas causadas en el recurso a la recurrente, en las que se incluirán los honorarios del Abogado del Estado en cuantía de 300 €.

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

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

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.

Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en SANTANDER N^o 1131 0000 66 054917 debiendo indicar en el campo concepto, la palabra "recurso", seguida del código "35 Social-Casación". Si el ingreso se



hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio "recurso 35 Social-Casación".

La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

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 de este Tribunal Superior de Justicia.

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 Sala.

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

PUBLICACIÓN

En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.