



Roj: **STSJ PV 4298/2015 - ECLI: ES:TSJPV:2015:4298**

Id Cendoj: **48020340012015102472**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **22/12/2015**

Nº de Recurso: **2325/2015**

Nº de Resolución: **2510/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**RECURSO Nº:** Suplicación / E\_Suplicación 2325/2015

**N.I.G. P.V. 20.05.4-15/000828**

**N.I.G. CGPJ 20069.34.4-2015/0000828**

SENTENCIA Nº: 2510/2015

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 22 de diciembre de 2015.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos/as. Sres/as. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D<sup>a</sup> **ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA** y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por BIDENSABAL 2006 S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 4 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 23 de junio de 2015, dictada en proceso sobre (RPC), y entablado por Heraclio frente a María Antonieta, BIDEBIDE 2007 SL, BIDENSABAL 2006 S.L., FONDO DE GARANTIA SALARIAL, GEROEGITEKOBORDA S.L. y Octavio.

Es Ponente la Iltra. Sra. Magistrada Dña. **ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA**, quien expresa el criterio de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

*"PRIMERO* .- D. Heraclio, de nacionalidad argentina, estaba en España en situación irregular desde el 30 de Marzo del 2.007, es decir sin permiso de residencia ni permiso de trabajo.

*SEGUNDO* .- En el año 2.007 se inauguró el bar del polideportivo Usabal de la localidad de Tolosa, negocio que era explotado desde su inicio por la empresa "Bidensabal 2.006, S.L."

*TERCERO* .- El 8 de Junio del 2.007, D. Heraclio comenzó a prestar sus servicios para la empresa "Bidensabal 2.006, S.L.", con la categoría profesional de camarero, consistiendo sus tareas en abrir el local, preparar el local, atender a los clientes y recoger el local al finalizar la jornada.

La empresa "Bidensabal 2.006, S.L." no dio de alta a D. Heraclio en el régimen general de la Seguridad Social, ni tampoco firmó ningún contrato de trabajo.



**CUARTO** .- El 8 de Agosto del 2.011, D<sup>a</sup> Emma , que es una usuaria del polideportivo Usabal, denunció ante la Inspección de Trabajo de Gipuzkoa que varios trabajadores del bar del polideportivo Usabal se encontraban en situación irregular.

**QUINTO** .- El 23 de Septiembre del 2.011, la Inspección de Trabajo de Gipuzkoa realizó una visita al bar del polideportivo Usabal de Tolosa, en el curso de la cual D. Heraclio manifestó al inspector que estaba prestando sus servicios en el bar del polideportivo desde hacía dos años y medio, sin contrato de trabajo.

**SEXTO** .- Como resultado de esta visita de la Inspección de Trabajo de Gipuzkoa, impuso una sanción de 501 euros a D. Heraclio , y levantó actas de infracción contra la empresa "Bidensabal 2.006, S.L.", por falta de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, y cotización de D. Heraclio .

**SEPTIMO** .- El 6 de Septiembre del 2.011, D. Heraclio y la empresa "Bidensabal 2.006, S.L." firmaron un contrato de trabajo temporal, de los denominados "por circunstancias de la producción", en virtud del cual D. Heraclio pasó a prestar sus servicios para la empresa "Bidensabal 2.006, S.L." a partir del 1 de Octubre del 2.011, con la categoría profesional de ayudante de camarero.

A pesar de haber firmado este contrato, la empresa "Bidensabal 2.006, S.L." dio de alta en la Seguridad Social a D. Heraclio el 2 de Diciembre del 2.011.

**OCTAVO** .- El 24 de Mayo del 2.012, la empresa "Bidensabal 2.006, S.L." y D. Cayetano y D<sup>a</sup> Ruth , firmaron un contrato mercantil, en virtud del cual la empresa "Bidensabal 2.006, S.L." cedía a D. Cayetano y D<sup>a</sup> Ruth la explotación del bar del polideportivo Usabal, de la localidad de Tolosa.

**NOVENO** .- El 5 de Noviembre del 2.012, la empresa "Bidensabal 2.006, S.L." cedió la explotación del bar del polideportivo Usabal, de la localidad de Tolosa a la empresa "Geroegitekoborda, S.L.", la cual asumió en su plantilla a D. Heraclio .

**DECIMO** .- El 13 de Febrero del 2.014, la empresa "Geroegitekoborda, S.L." entregó una carta a D. Heraclio , en la que le comunicaba la extinción de su contrato de trabajo con efectos desde el 1 de Marzo del 2.014, fecha en la que D. Heraclio causó baja en la empresa "Geroegitekoborda, S.L."

**DECIMOPRIMERO** .- Tras causar baja en la empresa "Geroegitekoborda, S.L.", D. Heraclio solicitó al Instituto Nacional de Empleo el abono de las prestaciones de **desempleo** de nivel contributivo, y el Instituto Nacional de Empleo mediante resolución de 14 de Marzo del 2.014, le reconoció el derecho a percibir las prestaciones de **desempleo** de nivel contributivo durante doscientos cuarenta días, del 2 de Marzo del 2.014 al 1 de Noviembre del 2.014, sobre una base reguladora diaria de 49,35 euros.

**DECIMOSEGUNDO** .- D. Heraclio recurrió la resolución del Instituto Nacional de Empleo de 14 de Marzo del 2.014, y tras agotar la previa vía administrativa interpuso una demanda ante los Juzgados de lo Social de Gipuzkoa, para solicitar que le fueran reconocidas las prestaciones de **desempleo** de nivel contributivo por un periodo de setecientos veinte días, siendo repartida su demanda al Juzgado de lo Social número Cinco, el cual resolvió el expediente por sentencia de 19 de Noviembre del 2.014, en la que se desestimaron las pretensiones de D. Heraclio .

Esta sentencia es firme, pues notificada a las partes no fue recurrida por ninguna de ellas.

**DECIMOTERCERO** .- La empresa "Bidensabal 2.006, S.L." se constituyó el 6 de Abril del 2.006, con un capital social de 3.006 euros, siendo su actividad los servicios de restaurante, con su domicilio social en la calle Legazpi, número 5, bajo, de la localidad de Donostia, y siendo administradores solidarios de esta empresa D. Octavio y D<sup>a</sup> María Antonieta .

**DECIMOCUARTO** .- La empresa "Bidebide 2.007, S.L." se constituyó el 18 de Junio del 2.007, con un capital social de 3.020 euros, siendo su actividad los servicios de restaurante, con su domicilio social en la calle Legazpi, número 5, bajo, de la localidad de Donostia, y siendo administradores solidarios de esta empresa D. Octavio , D<sup>a</sup> María Antonieta y D. Segismundo .

**DECIMOQUINTO** .- Se ha intentado la conciliación entre las partes ante la Sección de Conciliación de la Delegación Territorial de Trabajo de Gipuzkoa del Gobierno Vasco el 6 de Marzo del 2.015, acto al que únicamente comparecieron las empresas "Bidensabal 2.006, S.L." y "Bidebide 2.007, S.L.", D. Octavio y D<sup>a</sup> María Antonieta , con los que D. Heraclio no llegó a ningún acuerdo, terminando el acto sin avenencia, y teniéndose por intentado sin efecto en relación a la empresa "Geroegitekoborda, S.L.", que no compareció a dicho acto."

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



"Que estimo la excepción da falta de legitimación pasiva de la empresa "Bidebide 2.007, S.L.", de D. Octavio y de D<sup>a</sup> María Antonieta , y entrando a conocer del fondo del asunto estimo parcialmente la demanda, condeno a la empresa "Bidensabal 2.006, S.L." a abonar a D. Heraclio la cantidad de 11.486.40 euros, y les absuelvo de los demás pedimentos de la demanda, y absuelvo a la empresa "Geroegitekoborda, S.L." y al Fondo de Garantía Salarial de los pedimentos de la demanda."

**TERCERO** .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- La sentencia ahora recurrida en suplicación por Bidensabal 2006 SL, condena a dicha mercantil a abonar al actor la cantidad de 11.486,40 euros en concepto de daños y perjuicios por haber prestado servicios sin contrato de trabajo, y ello conforme a los cálculos detallados en el hecho noveno de la demanda que parten del inicio de la prestación laboral el 8 de junio de 2007, significando que hasta el 6 de septiembre de 2011 no firmaron las partes un contrato de trabajo (de acuerdo con el cual se iniciaba la prestación de servicios el 1 de octubre), cursando la empresa el alta del demandante en la Seguridad Social el 2 de diciembre también de 2011.

La pretensión actuada en demanda se sustentaba en el incumplimiento empresarial de sus obligaciones de alta y cotización del trabajador en la Seguridad Social, de forma que se le causaron perjuicios puesto que cuando cesó en la prestación de servicios como camarero en dicho local el 1 de marzo de 2014 (ya regentado por otra de las codemandadas) y solicitó la prestación de **desempleo**, la misma se vio reducida por esa falta de alta y cotización, perjuicios que son los que se reclaman y que la decisión judicial trata de resarcir.

La sentencia considera probada la prestación de servicios por el demandante para la mentada empresa como camarero en el restaurante ubicado en el polideportivo Usabal de Tolosa conforme a los testimonios que asume (de una usuaria del Polideportivo y de una empleada del servicio de limpieza), considerando también las manifestaciones del trabajador a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que giró visita al centro el 23 de septiembre de 2011 en virtud de denuncia que se formuló por una usuaria del Polideportivo referida a la situación irregular de varios trabajadores del bar del Polideportivo (hechos probados cuarto y quinto).

El recurso interesa de modo principal la absolución de la empresa, y de modo subsidiario que se le condene al abono de las cantidades que señala en el motivo impugnatorio tercero, punto 3º, de acuerdo con los cálculos que detalla.

El recurso ha sido impugnado por la legal representación de la parte actora.

**SEGUNDO**.- Los motivos impugnatorios primero a tercero, debidamente amparados en la letra b) del art.193 LRJS , se dirigen a la revisión de hechos probados, en concreto de los ordinales tercero, sexto y séptimo.

Como esta Sala viene exigiendo de forma reiterada con apoyo en la doctrina de la Sala Cuarta (contenida, entre otras, en sentencias de 18 de febrero de 2014, recurso 108/2013 , 14 mayo de 2013, rec. 285/2011 , y 17 de enero de 2011, rec. 75/2010 ), la revisión de la crónica judicial exige no solo que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis, también que se cite concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, precisando los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento pues ha de ser trascendente para modificar el fallo de instancia.

En este sentido, el art. 196.3 LRJS dispone que los documentos que pretendan tener efectos revisorios, han de señalarse de "manera suficiente para que sean identificados", citando la concreta documental, y como expone la STS de 22 de marzo de 2002, rec. 1170/2001 , se ha de mencionar "el punto específico que ponga de relieve el error alegado, razonando la pertinencia del motivo que muestre la correspondencia entre el contenido del documento y ofrezca la redacción - por modificación o adición - que se pretende".

Ahora bien, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios, pues ello supondría, en definitiva sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia por el de la parte, lógicamente parcial e interesado, lo que es inaceptable al suponer un desplazamiento en la función de enjuiciar que tanto el art. 2.1 LOPJ como el art.117.3 CE otorgan en exclusiva a los Jueces y Tribunales, de forma que es el Magistrado de instancia, quien, en virtud de las facultades que le confiere el art.97.2 LRJS , es soberano para examinar los distintos elementos de convicción unidos al proceso, optando entre las pruebas que se someten a su consideración por las que considere que apoyan de una manera más real y eficaz el sustrato fáctico de la cuestión que se somete a su consideración.



Sin perder de vista estas premisas abordamos las reformas propuestas, y lo hacemos rechazando la primera de ellas, afectante al *hecho probado tercero*. Ello es así puesto que se pretende sustituir la fecha de inicio de la prestación de servicios laborales del demandante para la condenada en la instancia, Bidensabal 2006 SL, esto es, 8 de junio de 2007, fijada conforme a los testimonios que asume el Magistrado (fundamento jurídico segundo, párrafo 2º), por la de 2 de diciembre de 2011, y ello con apoyo en una documental ya valorada por el Juzgador pero en absoluto asumida a los efectos que nos ocupan.

Se acepta la modificación del *hecho probado sexto* en el sentido de suprimir del mismo que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó acta de infracción a Bidensabal 2006 SL pues lo cierto es que solo consta la multa que impuso al actor referida en el 1er párrafo de dicho ordinal y ello pese a tratarse de un extremo irrelevante a los fines del presente recurso de suplicación pero se acomoda a la realidad de los hechos.

Finalmente y respecto del *ordinal séptimo* interesa que conste que fue el 2 de diciembre de 2011 cuando firmaron las partes el contrato temporal (fecha en la que fue dado de alta el actor en la Seguridad Social) al que se refiere el hecho probado en cuestión, que ha confeccionado el Magistrado con base en el contrato de trabajo que aporta el actor (folios 88 y 89), declarando probado que fue el 6 de septiembre de 2011 cuando se firmó el contrato.

Rechazamos la novación porque ningún error judicial se evidencia al asumir el Juzgador la documental mencionada, resultando por lo demás irrelevante si reparamos en que la prestación de servicios laborales por el actor para la recurrente se inició el 8 de junio de 2007.

**TERCERO.-** Nos pronunciamos seguidamente sobre la cuestión que suscita el motivo impugnatorio quinto, sustentado en la letra a) del art.193 LRJS, en el que se indica que se solicita la reposición de los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse la infracción de las normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, si bien no se lleva esta petición al suplico del recurso, en el que únicamente se postula la absolución de la demandada por el Tribunal y, de forma subsidiaria, la condena al abono de las cantidades que figuran en el punto 3º del motivo cuarto del recurso.

La ausencia de traslado de tal petición al suplico del recurso impide "prima facie" que acojamos una medida tan extraordinaria e inusual como es la nulidad de actuaciones, estando ausentes por lo demás los requisitos precisos para su adopción puesto que escuchando la grabación del acto de juicio se colige que la ahora recurrente a través de su representante solicitó la aportación de dicha documental como diligencias finales, manifestando el Magistrado que, de considerarlo preciso, se acordaría como diligencias finales, mostrando entonces su conformidad dicha parte con tal posición judicial, sin formular protesta alguna.

Es decir, se sometió a la decisión judicial, supeditándose a la misma en cuanto a la aportación o no de la documental en cuestión, siendo evidente que el Magistrado no consideró necesaria dicha documental, careciendo ahora de sustento la indefensión que se alega sufrida, que no cabe apreciar pero que en todo caso responde a la actuación procesal de dicha parte.

**CUARTO.-** El motivo impugnatorio cuarto denuncia la infracción de los arts.1101 y 1106 del Código Civil, sosteniendo que no se han producido perjuicios al trabajador, que los mismos no se ha probado, que en todo caso el demandante estaba en situación irregular y que sólo desde marzo de 2009 estaría regularmente en España por lo que no puede sufrir perjuicios con anterioridad a esa fecha; la recurrente concluye interesando de modo principal su absolución por iniciarse la prestación laboral el 2 de diciembre de 2011, subsidiariamente que se le condene a abonar 2.428,84 euros conforme a las razones y cálculos que ofrece en el párrafo 7º del punto tercero del motivo cuarto (por tratarse de mera expectativa el cobro de la prestación de **desempleo** de 720 días más allá de los días posteriores a la presentación de la papeleta de conciliación, 17 de febrero de 2015), o bien 2.788,84 euros (por ser un futurible el disfrute de la prestación correspondiente a 600 días los 247 últimos reclamados) y, finalmente, 8.884,80 euros (al estar en situación regular en nuestro país solo desde marzo de 2009).

La Sala no asume ninguna de las peticiones articuladas y por ende la argumentación que acompaña a cada una de ellas.

La sentencia no ha cometido las infracciones jurídicas denunciadas a la luz de sus hechos probados, de los que se desprende, nítidamente, que la empresa incumplió las obligaciones de Seguridad Social respecto del trabajador demandante, que vio mermada su prestación de **desempleo**, sin que sea posible objetar que su situación de extranjero irregular en nuestro país (condición que en todo caso no ostentaría desde marzo de 2009 como la propia recurrente acepta), le impide ahora resarcirse de los daños y perjuicios sufridos, puesto que si bien conforme a las SSTs de 18 mayo de 2008, rec. 800/2007, y 12 de noviembre de 2008, rec.177/2007, la prestación de **desempleo** no la puede obtener el extranjero que ha prestado servicios en situación irregular en



nuestro país, en todo caso no obsta a la responsabilidad civil, de carácter resarcitorio y naturaleza contractual, en que haya podido incurrir el empleador por concurrir culpa o negligencia en la contratación.

Conforme dispone el art.1101 del Código Civil, quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios los que en cumplimiento de sus obligaciones incurran en dolo o morosidad o contravengan de cualquier modo el tenor de aquellas, obligando el art.1258 del mismo cuerpo legal, una vez perfeccionado el contrato, no solo al cumplimiento de lo pactado, "sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley", disponiendo la Ley Extranjería los efectos que produce la omisión por parte del empleador de la autorización administrativa para trabajar -validez del contrato y obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle- se entiende sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar.

De hecho, como apunta la parte actora en el escrito de impugnación, la STS de 12 de noviembre de 2008 expresa que "aunque el incumplimiento empresarial de las obligaciones exigidas en estos preceptos, no tenga repercusión en el sistema público prestacional de la seguridad social, como antes se ha razonado, sí, en su caso y en principio, pudiera dar lugar al resarcimiento por el empleador de los daños y perjuicios de toda clase, que dicho incumplimiento de un contrato válido de trabajo -cual es el celebrado entre empresario y trabajador extranjero, aunque éste no tenga permiso de residencia, ni trabajo- ocasione al trabajador. Es decir, el hecho de que el trabajador extranjero "sin papeles" no tenga derecho a la protección de **desempleo**, según la interpretación antes realizada, no excluye una hipotética responsabilidad del empleador, que pudiera extenderse a las prestaciones de seguridad social, no a título de prestaciones públicas, sino con alcance indemnizatorio a título de responsabilidad empresarial y sin garantía, por lo tanto, a cargo de la Seguridad Social".

Consecuencia de cuánto hemos expuesto, es la confirmación de la sentencia recurrida, que no ha cometido las infracciones jurídicas que sustentan el recurso de suplicación, previa desestimación del mismo.

**QUINTO.-** La desestimación del recurso de suplicación conlleva la condena en costas, incluidos los honorarios de la parte actora impugnante del recurso, art.235 LRJS, que se fijan en 800 euros, con pérdida de los depósitos y consignaciones para recurrir.

## FALLAMOS

Se **desestima** el recurso de suplicación interpuesto por BIDENSABAL 2006 S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de San Sebastián dictada el 23-6-15, en los autos nº 163/15, seguidos por Heraclio contra María Antonieta, BIDEBIDE 2007 SL, BIDENSABAL 2006 S.L., FONDO DE GARANTIA SALARIAL, GEROGITEKOBORDA S.L. y Octavio. Se confirma la sentencia. Se imponen las costas a la recurrente, incluidos los honorarios de la parte actora impugnante del recurso, art.235 LRJS, que se fijan en 800 euros, con pérdida de los depósitos y consignaciones para recurrir a los que se dará el destino legal una vez que sea firme la sentencia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

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

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

E/

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/ a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

## ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del 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, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.





El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-2325-15.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-2325-15.

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 regimen 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.

FONDO DOCUMENTAL CEJ 03