



Roj: **STSJ M 13265/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:13265**

Id Cendoj: **28079340052016100748**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **28/11/2016**

Nº de Recurso: **625/2016**

Nº de Resolución: **746/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ALICIA CATALA PELLON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34001360

251658240

NIG : 28.079.00.4-2015/0030452

Procedimiento Recurso de Suplicación 625/2016

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid Despidos / Ceses en general 653/2015

Materia : Despido

Sentencia número: 746

Ilmos. Sres

Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

Dña. ALICIA CATALA PELLON

En Madrid a veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis 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 **625/2016**, formalizado por la LETRADA Dña. BEATRIZ PEREZ GARCIA en nombre y representación de D. Antonio , contra la sentencia de fecha quince de abril de dos mil dieciséis dictada por el Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 653/2015, seguidos a instancia de D. Antonio frente a FOGASA, OMNISOFT INFORMATICA SA y COMPAS CONCURSA



SLP en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. 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.- El demandante D. Antonio , con D.N.I. nº NUM000 , ha venido prestado servicios para la demandada OMNISOFT INFORMATICA S.A., actualmente en concurso, siendo administrador concursal la empresa COMPAS CONCURSA S.L.P., con antigüedad de 17 de junio de 2002, categoría profesional de 4 TMJ y salario mensual de 2.164'8 euros, con prorrata de pagas extras.

SEGUNDO.- En fecha 8 mayo 2015 la demandada remitió al actor carta de despido, con efectos en esa misma fecha. El contenido de la misma, unida a los folios 14 y 15, se da por reproducido.

TERCERO.- El 31 marzo 2015 la empresa demandada remitió carta al actor en la que le informaba de la reunión que había tenido lugar el día anterior con el comité de empresa, para estudiar la situación de la compañía tras la finalización en esa fecha del contrato de servicios con BBVA.

Y en la misma fecha le comunicó que desde el día 1 de abril de 2015 hasta el 24 abril 2015, ambos incluidos, quedaba liberado de acudir a sus puestos de trabajo. Recordándole que durante ese periodo no podía prestar servicios directa o indirectamente para BBVA.

CUARTO.- La demandada comunicó posteriormente al actor que el día 27 abril 2015 debía acudir a las oficinas de la empresa en la Avenida de Brasilia en Madrid.

QUINTO.- El 1 de abril de 2015 concluyó el contrato de prestación de servicios que vinculada a OMNISOFT INFORMATICA S.A. y al BBVA, en el que prestaba servicios el demandante.

No obstante lo anterior, en las instalaciones de la empresa demandada sitas en la Avenida de Brasilia en Madrid se mantuvo la actividad tras el 27 de abril de 2015 en la prestación de servicios contratados con otras empresas.

SEXTO.- Desde el 1 de abril de 2015 el actor presta servicios para la empresa ABALIA CONSULTING S.L., con contrato indefinido a tiempo completo, en horario de 8:00 a 17:00 horas.

SÉPTIMO.- El demandante no ha ostentado en la empresa durante el último año cargos de representación unitaria o sindical de los trabajadores.

OCTAVO.- El día 17 junio 2015 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación de Madrid, que concluyó como intentado sin efecto.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que desestimando íntegramente la demanda de despido interpuesta por D. Antonio contra la empresa OMNISOFT INFORMATICA S.A., actualmente en concurso, siendo administrador concursal la empresa COMPAS CONCURSA S.L.P., debo declarar y declaro procedente el despido del actor, de efectos de 8 mayo 2015, convalidando la decisión extintiva que con él se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones formalizadas en su contra.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte D. Antonio , formalizándolo posteriormente; tal recurso no 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 21/09/2016, 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 23/11/2016 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, desestimatoria de la demanda de despido disciplinario planteada por el trabajador, se alza su representación Letrada, formulando recurso, por el cauce descrito en los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , que no ha sido impugnado por la representación Letrada de la empresa.

Según ha podido constatar esta Sección de Sala, el mismo Juzgado de lo Social de instancia (nº 25 de Madrid), celebró en el mismo día, cinco procedimientos por despido disciplinario, ante demandas sustancialmente iguales planteadas por cinco trabajadores de la actualmente concursada Omnisoft Informática SA (autos nº 652/2015, 653/2015, 654/2015, 655/2015, 656/2015).

A esta Sección le ha correspondido el análisis del recurso formulado contra la sentencia dictada en autos nº 653/2015 y también contra la dictada en nº 654/2015 (con la deliberación y fallo señalada para el día 14 de diciembre de 2016) y según hemos podido constatar , la única Sección que ha conocido de alguno de los procedimientos antes indicados a fecha de hoy, es la Sección Sexta, en el recurso de suplicación nº 709/2016 (sentencia de fecha 7 de noviembre de 2016).

SEGUNDO. - Como recuerda el Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de julio de 2016, Recurso número 174/2015 , en una doctrina extrapolable al recurso de suplicación <<... En SSTS 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014) y otras muchas, hemos advertido que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia ... por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación"...>>, o suplicación, en nuestro caso <<... "sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes...". Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTS 28 mayo 2013 (rec. 5/2012), 3 julio 2013 (rec. 88/2012), 25 marzo 2014 (rec. 161/2013), 2 marzo 2016 (rec. 153/2015) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).
2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.
3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.
4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].
5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical.... La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.
6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.
7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.
8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.
9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta



circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

(...) De acuerdo con todo ello, aun invocándose prueba documental o pericial, la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento o dictamen de que se trate tiene "una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas" (STS de 16 de noviembre de 1998, recurso 1653/1998).

Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento o del dictamen pericial entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor.

La declaración de hechos probados no puede ser combatida sobre la base de presunciones establecidas por el recurrente (SSTS de 17 de abril de 1991, rec. 1042/90 , o 26 de mayo de 1992, rec. 1244/1991). Ello implica, de entrada, que la prueba alegada debe demostrar "de manera directa y evidente la equivocación del juzgador" pero, a su vez, la misma no puede encontrarse contradicha "por otros elementos probatorios unidos al proceso" (por ejemplo, STS de 24 de octubre de 2002, rec. 19/2002).

No puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011 , con cita de otras muchas)...>>.

TERCERO. - En sede de revisión fáctica, se pretende, en el primer motivo del recurso, la revisión del ordinal tercero del relato fáctico, para que reproduzca de forma literal el contenido de la comunicación obrante en autos, al folio 106.

Así, se propone que el hecho se redacte del siguiente modo:

" El 31 de marzo 2015 la empresa demandada remitió carta al actor en la que le informaba de la reunión que había tenido lugar el día anterior con el comité de empresa, para estudiar la situación de la compañía tras la finalización en esta fecha del contrato de servicios con BBVA.

En dicha comunicación además se informaba de que:

a) a partir de esa fecha, el 31 de marzo de 2015 los trabajadores adscritos a dicho servicio se quedarían sin posibilidad de acceder a sus puestos de trabajo.

b) la empresa proponía el envío de una carta a los trabajadores afectados mediante la extranet, donde se les liberaría de la obligación de acudir a su puesto de trabajo, aunque seguirían devengando salario, propuesta que fue aceptada por el Comité de Empresa.

c) el tiempo que duraría dicha liberación sería desde el 1 de abril de 2015 hasta el 24 de abril de 2015, plazo en el que la empresa iniciaría el correspondiente Expediente de Regulación de Empleo extintivo, por causas productivas y económicas.

d) la intención de la empresa era alcanzar lo más pronto posible un acuerdo para no dilatar el acceso de los trabajadores implicados al cobro de la prestación por desempleo.

Y en la misma fecha le comunicó que desde el día uno de abril de 2015 hasta el 24 de abril 2015, ambos incluidos, quedaba liberado de acudir a su puesto de trabajo, recordándole que durante ese periodo no podía prestar servicios directa o indirectamente para BBVA, sin indicar los motivos de esa prohibición.

El día 15 de abril la empresa presentó en la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura de la Comunidad de Madrid la insancia de inicio del correspondiente Expediente de Regulación de Empleo en el que se adjuntó, entre otros documentos la carta de fecha 26 de febrero de 2015 remitida por el BBVA a OMNISOFT INFORMATICA SA en la que se le comunica que no había sido seleccionada para la fase final del concurso para la adjudicación del servicio y que el siguiente día 1 de abril de 2015 finalizarían y quedarían resueltos en su totalidad todos los pedidos vigentes entre ONMINSOFT y BBVA.

La empresa no abonó al actor el salario de marzo ni posteriores"

La modificación solo puede acogerse en parte.



Sí podemos admitir, la constancia del contenido íntegro de la comunicación que obra al folio 106, reconocido por la representación Letrada de la empresa, así como de la solicitud que obra a los folios 107 y 108, también reconocida.

Igualmente accedemos a añadir al relato, que la empresa, en ese recordatorio relativo a que desde el día 1 de abril de 2015 hasta el 24 de abril de 2015, ambos incluidos, no podía el demandante, prestar servicios directa o indirectamente para BBVA, no se reseñaron los motivos para esa prohibición.

También se admite, la inclusión de la falta de pago del salario del mes de marzo y posteriores, en tanto figura de manera literosuficiente del certificado de la Administración concursal al folio 93 de los autos (que fue expresamente reconocido).

Sin embargo, no podemos acoger el hecho de que a la solicitud iniciadora del ERE, la empresa acompañara la carta de fecha 26 de febrero de 2015, remitida por el BBVA a Omnisoft Informática SA, en la que se le comunicaba que no había sido seleccionada para la fase final del concurso para la adjudicación del servicio y que el siguiente día 1 de abril de 2015, finalizarían y quedarían resueltos en su totalidad, todos los pedidos vigentes entre Omnisoft y BBVA, porque el impreso en el que se apoya la redacción del hecho no refleja qué documentos llegaron a aportarse.

Así las cosas, el hecho queda redactado, en la forma que pasamos a exponer:

" TERCERO.- El 31 marzo 2015, la empresa demandada remitió carta al actor en la que le informaba de la reunión que había tenido lugar el día anterior con el comité de empresa, para estudiar la situación de la compañía tras la finalización en esa fecha del contrato de servicios con BBVA.

En dicha comunicación además, se informaba de que:

a) El contrato finalizaba el 31 de marzo de 2015, por lo tanto, a partir de dicha fecha, los trabajadores adscritos a dicho servicio, se quedarán sin posibilidad de acceder a su puesto de trabajo.

b) La empresa propone el envío de una carta a los trabajadores afectados mediante extranet, donde se les liberará de la obligación de acudir a su puesto de trabajo, aunque seguirán devengando salario. Propuesta que es aceptada por el comité de empresa.

c) El tiempo que durara dicha liberación era desde el 1 de abril de 2015 hasta el 24 de abril de 2015, en dicho plazo la empresa iniciaría el correspondiente expediente de regulación de empleo extintivo por causas productivas y económicas.

d) La intención de la empresa era alcanzar lo más pronto posible un acuerdo para no dilatar el acceso de los trabajadores implicados al cobro de la prestación por desempleo. Y en la misma fecha le comunicó que desde el día 1 de abril de 2015 hasta el 24 de abril de 2015, ambos incluidos, quedaba liberada de acudir a su puesto de trabajo, recordándole que durante ese período no podía prestar servicios directa o indirectamente para BBVA, sin indicar los motivos de esa prohibición.

El 15 de abril de 2015, la empresa presentó en la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura de la Comunidad de Madrid, la instancia de inicio del correspondiente expediente de regulación de empleo. La empresa no abonó el salario correspondiente al mes de marzo y mensualidades posteriores>>.

CUARTO.- La situación fáctica a la que debe ceñirse el examen del recurso, viene representada, en lo esencial y en síntesis, por los siguientes datos:

- El demandante ha venido prestado servicios para la demandada Omnisoft Informática S.A., actualmente en concurso, siendo administrador concursal la empresa Compas Concurra S.L.P., con antigüedad de 17 de junio de 2002, categoría profesional de 4 TMJ y salario mensual de 2.164,8 euros, con prorrateo de pagas extras.

- En fecha 8 mayo 2015, la demandada remitió al actor carta de despido, con efectos en esa misma fecha.

- El 31 marzo 2015, la empresa demandada remitió carta al actor en la que le informaba de la reunión que había tenido lugar el día anterior con el comité de empresa, para estudiar la situación de la compañía tras la finalización en esa fecha del contrato de servicios con BBVA.

- En dicha comunicación además, se informaba de que el contrato finalizaba el 31 de marzo de 2015, por lo tanto, a partir de dicha fecha, los trabajadores adscritos a dicho servicio, se quedarán sin posibilidad de acceder a su puesto de trabajo. La empresa propone el envío de una carta a los trabajadores afectados mediante extranet, donde se les liberará de la obligación de acudir a su puesto de trabajo, aunque seguirán devengando salario. Propuesta que es aceptada por el comité de empresa. El tiempo que durará dicha liberación era desde el 1 de abril de 2015 hasta el 24 de abril de 2015, en dicho plazo la empresa iniciaría el correspondiente expediente de regulación de empleo extintivo por causas productivas y económicas. La intención de la empresa

es alcanzar lo más pronto posible un acuerdo, con el objeto de no dilatar el acceso de los trabajadores implicados al cobro de la prestación por desempleo. Una vez finalizado el proceso negociador, la empresa comunicara a los trabajadores la extinción del contrato de trabajo. Así mismo, la empresa se compromete a facilitar cualquier tipo de documentación que el trabajador necesite así como a aclarar todas las dudas que puedan surgir.

- Y en la misma fecha, le comunicó que desde el día 1 de abril de 2015 hasta el 24 abril 2015, ambos incluidos, quedaba liberado de acudir a su puesto de trabajo, recordándole que debía abstenerse de prestar servicios para BBVA, pero sin indicar los motivos de esa prohibición.

- El 15 de abril de 2015, la empresa presentó en la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura de la Comunidad de Madrid, la instancia de inicio del correspondiente expediente de regulación de empleo.

- La empresa no abonó el salario correspondiente al mes de marzo y mensualidades posteriores.

- La demandada comunicó posteriormente al actor, que el día 27 abril 2015, debía acudir a las oficinas de la empresa en la Avenida de Brasilia en Madrid.

- El 1 de abril de 2015, concluyó el contrato de prestación de servicios que vinculada a OMNISOFIT INFORMÁTICA S.A. y al BBVA, en el que prestaba servicios el demandante.

- No obstante lo anterior, en las instalaciones de la empresa demandada sitas en la Avenida de Brasilia en Madrid se mantuvo la actividad tras el 27 de abril de 2015 en la prestación de servicios contratados con otras empresas.

- Desde el 1 de abril de 2015, el actor presta servicios para la empresa ABALIA CONSULTING S.L., con contrato indefinido a tiempo completo, en horario de 8:00 a 17:00 horas.

La causa por la que se despidió al actor, se sintetiza de forma clara en el fundamento segundo de la sentencia y consiste, como dice el Magistrado de instancia, en la prestación de servicios por el demandante desde el 1 de abril de 2015, para otra empresa en el mismo servicio que desempeñaba hasta entonces, sin estar desvinculado de la demandada, sin comunicarle nada y sin comparecer al centro de trabajo.

La sentencia considera justificado el despido porque el demandante dejó de acudir al centro de trabajo <<... sin justificación alguna una vez concluido el período del 1 al 24 abril 2015, en que la empresa le eximió de su obligación de acudir a trabajar. Debe aquí señalarse que el demandante debió acudir a las instalaciones de la empresa no sólo el día 27 abril 2015, sino los posteriores, pues prestaba servicios para la empresa, no habiéndose planteado la extinción del contrato de trabajo, ni por falta de abono de salario, ni por falta de ocupación efectiva... >>, que <<... el propio demandante aporta, folio 93, certificado de la administración concursal en la que se incluyen los salarios devengados hasta la fecha del despido... > > y que la <<... empresa seguía con su actividad, prestada para clientes distintos del banco antes citado...>>.

Concluyendo en el sentido siguiente <<... En definitiva, el demandante comenzó a prestar servicios a tiempo completo para otra empresa, realizando el mismo trabajo que hacía para la demandada, por propia iniciativa, sin comunicarle nada a la empresa y sin acudir a su puesto de trabajo. El hecho de que la empresa demandada tuviera más o menos problemas económicos o de producción en modo alguno justifica que el trabajador decida dejar de ir a trabajar, y comenzar a prestar servicios, a tiempo completo, se reitera, para la empresa que pasa a realizar el mismo trabajo que hacía la demandada. No se puede aceptar el argumento del demandante referente a que no tenía suscrita ninguna cláusula de no competencia por la demandada, pues es claramente incompatible prestar el servicio con la demandada y desempeñar la jornada completa con la nueva empresa que desarrolla el servicio contratado por el BBVA. Y a ello debe sumarse la falta de asistencia al puesto de trabajo desde el día 27 de abril de 2015 hasta la fecha del despido disciplinario...>>.

QUINTO .- En el motivo segundo del recurso, se denuncia, de conformidad con el artículo 193 c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, la infracción de los artículos 54 y 17 del Estatuto de los Trabajadores, argumentando que el trabajador no ha incurrido en la transgresión de la buena fe que se le imputa, desde el momento en el que fue la empresa la que incumplió su obligación de abono del salario, a partir del mes de marzo o incluirle en el ERE como no llegó a hacer y que la orden de no prestar servicios directa o indirectamente para BBVA, es discriminatoria y nula y carece de toda lógica, dado que la empresa ya no prestaba servicios para BBVA.

En el motivo cuarto también se indica que aun cuando el trabajador dejara de asistir al centro de trabajo a partir del 27 de abril de 2015, no existía ningún puesto de trabajo del que el trabajador pudiera faltar, debiendo entenderse que el despido se produjo en la comunicación del día 31 de marzo y desde luego, por causas no imputables a la voluntad del actor.



Esta Sección comparte la tesis que se desarrolla en el recurso, por tres razones fundamentales:

En primer lugar, porque descartando el análisis de un eventual incumplimiento por parte del actor, de algún pacto de no concurrencia, en tanto ni figura en su contrato, ni fue retribuido por las limitaciones futuras que este tipo de acuerdos llevan consigo una vez extinguido el contrato, a nuestro juicio y discrepando de la tesis mantenida por la Sección Sexta de esta Sala de 7 de noviembre de 2016, RS nº 709/2016, parece comprensible que, si en esa fecha, la empresa le comunicó que del 1 al 24 de abril, iba a tramitar un ERE y no iba a poder acceder a su puesto, pretendiendo terminar la negociación de ese expediente, dentro de ese mismo plazo, para no dilatar el percibo de la prestación por desempleo, el trabajador agotara todas las posibilidades a su alcance para procurarse una pronta y a ser posible inmediata colocación, que, afortunadamente para él, tuvo lugar al día siguiente.

Y si el día 27 de abril y los que le siguieron (según la fundamentación de la sentencia, hasta el día 8 de mayo), no acudió a las instalaciones de la empresa, esa inasistencia solo se produjo porque no quería perder su nuevo empleo, en un comportamiento lógico, si se tiene en cuenta que, aun cuando se le ordenara su comparecencia en la empresa a partir del 27 de abril, la comunicación previa de 31 de marzo, era equívoca y contradictoria con la circunstancia, que también declara probada el Juez de lo Social, en el sentido de que la actividad persistía en la empresa a partir de esa fecha, como consecuencia de trabajos realizados para otros clientes.

En segundo lugar, porque si el trabajador solo estaba asignado al contrato de BBVA y éste se rescindió, porque la empleadora dejó de ser adjudicataria del servicio, era de nuevo, razonable pensar, que el contrato se extinguiría culminada la negociación del ERE (de hecho, debe recordarse que se le indicó que dentro de ese periodo, se procuraría terminarlo para que pudiera acceder a las prestaciones por desempleo) y siendo así, ningún sentido tenía obligarle a comparecer en la empresa para la ejecución de un trabajo, que la propia empresa, había reconocido que había terminado, entre otras cosas, porque si realmente pretendía reubicar al demandante para seguir prestando servicios para otra de las empresas con las que la demandada colabora, no le habría liberado de la obligación de acudir a su puesto siguiendo devengando salarios (aunque no cobrándolos) en el periodo de tiempo comprendido entre el 1 al 24 de abril de 2015, ni le habría comunicado también la intención de alcanzar lo más pronto posible un acuerdo para no dilatar su acceso al cobro de la prestación por desempleo.

Y finalmente y en tercer lugar, porque ni ha quedado acreditado ningún género de competencia desleal, ni tampoco una verdadera ausencia al puesto de trabajo, si, como hemos tratado de razonar, ese puesto había dejado de existir y la empresa le había comunicado que la contrata había terminado y en la medida en la que entendemos que la doctrina del solve et repete, no resulta tampoco admisible, cuando, como aquí sucede, la orden no se asienta en una base de razonabilidad y de coherencia con los actos propios de la propia empresa, procede la estimación del recurso y la calificación del despido como improcedente (sin acoger, sin embargo, la pretensión de que la presente sentencia declare la extinción de la relación laboral en el día de su fecha, porque la sentencia declara probado que la actividad se mantuvo después del 27 de abril de 2015, en la prestación de servicios contratados con otras empresas y se desconoce, porque la Sentencia guarda silencio sobre este punto, si en la actualidad, tiene o no actividad).

SEXTO. - Por todo lo expuesto, se declara la improcedencia del despido efectuado el 8 de mayo de 2015, con los efectos regulados en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores junto con la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 3/2012, ya que el contrato del demandante es anterior al 12 de febrero de 2012, por lo que la indemnización debe calcularse conforme establece la última norma citada (en la actualidad recogida en la Disposición Transitoria 11ª del ET aprobado por Real Decreto legislativo 2/15, BOE 24-10-15).

En el período de tiempo comprendido entre el 17 de junio de 2002 al 11 de febrero de 2012 tiene 3.520 días de servicios, por lo que a razón de 45 días por año le corresponden 433,97 días de salario.

En el período comprendido entre el 12 de febrero de 2012, al 8 de mayo de 2015, tiene 1.181 días de prestación de servicios, por lo que a razón de 33 días por año le corresponden 106,77 días de salario.

Por tanto el número de días computable es en total de 540,74 días.

Su salario diario es de 72,16 euros (hecho probado 1º).

Y por consiguiente, la indemnización será de 39.019,79 euros.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de D. Antonio, contra la sentencia de 15 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid, en autos nº 653/2015, promovidos por el recurrente contra la empresa OMNISOFIT INFORMÁTICA SA, (actualmente en concurso,



siendo administrador concursal, la empresa COMPAS CONCURSA SLP) que revocamos, calificando como improcedente el despido, pudiendo el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización de 39.019,79 euros que determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo, esto es, 8 de mayo de 2015.

Se advierte a la empresa que en caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación, que equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación, todo ello, a razón de un salario día de 72,16 euros y que si el empresario no opta por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

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 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.

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 2876-0000-00-0625-16 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 2876-0000-00-0625-16.

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 el día 9-12-2016 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.