



Roj: **STSJ BAL 645/2018 - ECLI:ES:TSJBAL:2018:645**

Id Cendoj: **07040340012018100274**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **29/06/2018**

Nº de Recurso: **148/2018**

Nº de Resolución: **298/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ALEJANDRO ROA NONIDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00298/2018

T.S.J ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

PL.MERCAT, NUM.12

Tfno: 971724152/971723689

Fax: 971227218

NIG: 07040 44 4 2015 0000789

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000148 /2018

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000213 /2015

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE/S D/ña Victoriano

ABOGADO/A:

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: BELL & CORDER SL, BEL MEJADORS ESCOLARS SL

ABOGADO/A: , JOSE MARIA MUÑOZ JUAREZ

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: JOSÉ MIGUEL MARTÍNEZ ORIHUELA,

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE:

DON ANTONI OLIVER REUS.

MAGISTRADOS:

DON ALEJANDRO ROA NONIDE

DON RICARDO MARTÍN MARTÍN.



En Palma de Mallorca, a veintinueve de junio de dos mil dieciocho .

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

SENTENCIA NÚM. 298/2018

En el Recurso de Suplicación núm. 148/2018, formalizado por el Letrado D. David Miro Carmona, en nombre y representación de D. Victoriano , contra la sentencia nº 329/2017 de fecha 4 de septiembre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 1 de Palma de Mallorca , en sus autos demanda número 213/2015, seguidos a instancia de la parte recurrente, frente a la entidad Bell & Corder S.L, representada por el graduado social D. José Miguel Martínez Orihuela, y contra la entidad Bel Menjadors Escolars S.L, representada por el Letrado D. José María Muñoz Juárez, con intervención del Ministerio Fiscal, en materia de extinción de contrato laboral, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. ALEJANDRO ROA NONIDE, 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:

1.- El actor, Victoriano , DNI nº NUM000 prestó servicios para la entidad BELL & CORDER SL en el periodo comprendido entre el 8.7.2013 y el 23.8.2013 en virtud de contrato de trabajo temporal por obra o servicio determinado a jornada completa, como auxiliar de limpieza de exteriores, percibiendo un salario de 850 euros brutos mensuales con inclusión de pagas extra, y constando en la formalización del contrato que el mismo se celebra para "la limpieza de exteriores en calle Milana, 21, Puig de Ros, Lluçmajor".

En dicho contrato consta como actividad económica de la empresa contratante la de "AGENCIA DE PRESTACION DE SERVICIOS. (Vida laboral y contrato de trabajo aportado por el actor).

Dicho contrato se extinguió por "fin de contrato temporal" el 23.8.2013 (certificado de empresa).

2.- Igualmente, prestó servicios para dicha entidad entre el 1.10.2013 y el 19.1.2015 en virtud de contrato de trabajo temporal por obra o servicio determinado a jornada parcial, como conductor, percibiendo salario según convenio, y constando en dicho contrato que se celebra para "atender servicio cliente", servicio que consistía en el reparto de catering en centros educativos. (Vida laboral y contrato de trabajo).

Dicho contrato se extinguió por "fin de contrato temporal" el 19.1.2015 (certificado de empresa).

3.- En fecha 27.4.2013 las entidades BELL CORDER SL Y BEL MENJADORS SL suscribieron contrato de prestación de servicios de limpieza y reparto comprometiéndose BELL CORDER a la realización de los mismos a favor de BEL MENJADORS a través

de personal contratado por estos últimos. (contrato de prestación de servicios aportado por BEL MENJADORS).

La citada entidad BEL MENJADORS comunicó la finalización de la relación con BEL CORDER en fecha cinco de enero de 2015.

4.- EL objeto social de BEL CORDER SL consiste en la prestación de servicios a empresas y particulares, principalmente de tipo doméstico, encaminados a la selección de personal en tareas de hogar, limpieza, cuidado de ancianos, niños, enseñanza, mantenimiento de fincas, mantenimiento y reparaciones, así como todo tipo de servicios personales que se puedan demandar, desde cualquier ámbito domiciliario.

(Estatutos de la sociedad aportados por BEL CORDER y publicación del Registro Mercantil aportado por la actora.

5.- La entidad BELL CORDER SL es una franquicia de INTERDOMICILIO SERVICIOS INTEGRALES SC (Acuerdo suscrito entre la parte actora y BELL CORDER SL de fecha 8.7.2013).

6.-Es de aplicación el Convenio de la empresa Convenio Colectivo de Interdomicilio SC, Zaragoza, publicado en el Boletín Oficial de Zaragoza nº 105 de 11/05/2013, vigente desde 1 Enero 2013 hasta 31 Diciembre 2015 (contratos de trabajo y documento suscrito entre las partes en fecha 8.7.2013, aportado por la actora).

Dicho Convenio dedica su TITULO III a "CONTRATACIÓN" en los siguientes términos:



Art. 18. Empleo.

(...) *Contrato de obra o servicio determinado:*

Además se podrán realizar contratos por obra para la realización del servicio de ayuda a domicilio, adjudicada por tiempo cierto, incluida sus posibles prorrogas, terminando el contrato o período de adjudicación, finalizan la relación laboral nacida por esta causa.

Contrato a tiempo parcial:

Se considera contrato de trabajo a tiempo parcial el acordado para realizar la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.

El contrato deberá ser formalizado necesariamente por escrito, en el modelo que oficialmente se establezca. En el mismo deberán figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como su distribución.

La duración de este contrato puede concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada en los supuestos en los que legalmente se permite la utilización de esta modalidad de contratación.

La jornada diaria puede realizarse de forma continuada o partida

7.- El actor inició en fecha 17.12.2014 periodo de incapacidad temporal derivado de enfermedad común, causando alta médica en fecha 20.4.2015 por mejoría para el trabajo habitual.

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

DESESTIMO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por D. Victoriano contra BEL CORDER SL Y BEL MENJADORS ESCOLARS SL, absolviendo a las demandadas de los pedimentos formulados en su contra.

TERCERO.- Contra dicha resolución se anunció recurso de suplicación por la representación de D. Victoriano, que posteriormente formalizó y que fue impugnado por la representaciones de Bell & Corder S.L, y de Bel Menjadors Escolars S.L. con oposición del Ministerio Fiscal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La sentencia recurrida desestima íntegramente la demanda presentada con la serie de pretensiones acumuladas que, en síntesis, en el recurso formulado son las siguientes: declaración de la cesión ilegal de trabajadores en función del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores; relación contractual indefinida en atención al artículo 15 del mismo texto legal por la fraudulencia de la contratación temporal, reclamación de la nulidad del despido por vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de la edad, en atención al artículo 14 de la Constitución Española, y por la situación derivada de la de incapacidad temporal; por reclamar una indemnización por añadida daños y perjuicios; por aplicación del Convenio Colectivo Sectorial de Hostelería de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, diferencias salariales, recargo del 30% adicional y el interés legal por mora. Solicita en primer término la nulidad del despido y subsidiariamente la declaración de su improcedencia, con las consecuencias jurídicas y económicas subsiguientes.

Señala la sentencia que no ha existido ningún indicio probatorio ni situación que pusiera de manifiesto las vulneraciones de derechos fundamentales alegadas, por lo que, conforme al informe del Ministerio Fiscal, la petición inicial decayó. Del mismo modo, el examen de los hechos verificados en la instancia judicial conllevó la desestimación de la pretensión de cesión ilegal formulada en la demanda. Por último, respecto a la acción acumulada de reclamación de cantidad por diferencias salariales entre el mes de febrero de 2014 al mes de enero 2015 tampoco tuvo favorable acogida por cuanto el convenio aplicable sería el Convenio Colectivo de Inter Domicilio.

SEGUNDO. El recurso presentado plantea la revisión de los hechos probados en atención al artículo 193, apartado B de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, adicionando, modificando o suprimiendo los hechos declarados probados, con un total de nueve propuestas fácticas.

Primero. Solicita que figure que el demandante, Sr. Victoriano "nacido el NUM001 1964", según el documento nacional de identidad aportado, para acreditar la edad del demandante, por ser alegada en la demanda discriminación por razón de la edad. No siendo un elemento controvertido y además estando verificado, no existe objeción a su incorporación, sin perjuicio de su trascendencia.

Segundo. Respecto del hecho probado séptimo, pretende una incorporación del contenido de 17 documentos clínicos, que por su evidente extensión han de tenerse por reproducidos a efectos de la propuesta fáctica



realizada. Acude a los folios 82, 84 y de 105 a 123, consistente en la serie de informes médicos completamente transcritos sobre la evolución del estado de salud del demandante en relación al diagnóstico de la hernia inguinal derecha y las pruebas practicadas para su diagnóstico y tratamiento. Pretende acreditar su situación de incapacidad en relación con la alegada vulneración de la prohibición de no discriminación según el artículo 14 de la Constitución Española .

Para la revisión de los hechos probados conforme al apartado B del artículo 193 de la LRJS es reiterada la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, -2 julio 1992 y sucesivas-, que establece que los hechos pueden adicionarse, suprimirse o rectificarse si concurren las siguientes premisas: a) que sea concretada con precisión y claridad el hecho que haya sido negado u omitido en la resultancia fáctica recurrida; b) que el hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en la prueba, puesto que concurriendo varias interpretaciones no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones judiciales elaboradas, que están avaladas en esas pruebas; c) que sea ofrecido un texto concreto para figurar en la narración fáctica, bien sustituyendo, bien completándola; d) que el hecho tenga transcendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido; y e) que no ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

En primer término, ha de señalarse que el hecho probado séptimo consigna ya que el demandante inició una situación de incapacidad temporal el 17 diciembre 2014, causando alta por mejoría que permite trabajar desde el 20 abril 2015, sin que conste impugnada.

La propuesta no ajusta su contenido al requisito mencionado de delimitar de forma concreta el hecho en sí que pretende demostrar al transcribir en toda su extensión, de forma genérica o global, una serie de informes médicos, cuando debería extraerse el hecho o hechos concretos que procura plasmar y que revelen una razón para revocar la sentencia. Además, la existencia de la serie de informes no es negada, pues son atenciones sanitarias, propias del ámbito de salud, como habitualmente conforma un historial médico, si bien a efectos de la resolución del recurso ha de identificarse con mayor concisión aquellos extremos que resultaran relevantes a efectos de dilucidar los motivos jurídicos del recurso.

No obstante, habiendo resaltado la propia propuesta fáctica los aspectos más relevantes en letra destacada, procede su referencia sin perjuicio de su trascendencia, para posteriormente examinar si existen consecuencias jurídicas. En efecto, el 17 diciembre 2014 el demandante refería que *"alrededor de un mes se golpeó con el canto de una mesa de acero inoxidable, que cuando hizo tope le golpeó con más fuerza en la ingle derecha"* . Los siguientes documentos reflejan pruebas practicadas en el diagnóstico de hernia inguinal derecha, no complicada. Con posterioridad al alta efectuada, desde julio de 2015 figura un ingreso hospitalario para intervención quirúrgica y seguimiento posterior, habiendo sido necesaria una segunda intervención quirúrgica.

Mas para mayor aproximación al objeto litigioso, resultan relevantes los siguientes extremos en relación a la incapacidad temporal que constan probados en la sentencia a efecto de dilucidar el motivo jurídico posteriormente planteado: el inicio de la incapacidad temporal del 17 diciembre 2014 , causando alta médica el 20 abril 2015 por mejoría para realizar el trabajo habitual, que no consta impugnada. Como defiende la parte recurrida, no es dable extender la duración del proceso de incapacidad temporal, sin perjuicio de que el demandante posteriormente precisara de atenciones sanitarias relacionadas con la hernia inguinal.

Tercero. Respecto del hecho probado tercero, que establece que el 27 abril 2013 las empresas Bell & Corder SL y Bel Menjadors Escolars SL suscribieron un contrato de prestación de servicios de limpieza y de reparto, "comprometiéndose Bell & Corder SL a la realización de los mismos a favor de Bel Menjadors Escolars SL a través de personal contratado por estos últimos", y que Bel Menjadors Escolars SL comunicó la finalización a Bell & Corder SL el 5 enero 2015, reclama la parte recurrente que conste en lugar de "a través de personal contratado por estos últimos" por *"a través del personal contratado por por Bell & Corder SL"* .

Y al mismo tiempo propone la siguiente adición:

«La causa de dicho contrato de prestación de servicios consistía en que "EL CLIENTE (i.e. "Bel Menjadors Escolars, S.L.") precisa de personal contratado por INTERDOMICILIO (i.e. "Bell & Corder, S.L.") bajo el Régimen General de la Seguridad Social, para realizar las funciones que se detallan en el presupuesto adjunto . Y que INTERDOMICILIO tiene personal para poder atender ese servicio que precisa EL CLIENTE."

» Los conceptos incluidos en el presupuesto adjunto , antes referido, eran literalmente los siguientes:

- Trabajador contratado por INTERDOMICILIO en el Régimen General de la Seguridad Social.

- Sustitución del trabajador asignado en caso de: baja médica, enfermedad común, vacaciones, permiso retribuido, absentismo, etc.



- Selección del personal de INTERDOMICILIO que mejor se adapte al servicio solicitado, en caso de sustitución del trabajador actual.
- Formación e información en prevención de riesgos laborales al trabajador contratado objeto del servicio.
- Uniformidad adecuada al servicio contratado del trabajador, provista por el empleador y con identificación de INTERDOMICILIO.
- Contrato con Ibermutuamur para dar cobertura a la eventualidad de un accidente en la empresa.
- Contrato con Ibermutuamur, como servicio de prevención externo, según normativa referente a prevención de riesgos laborales.
- Seguro de responsabilidad civil contratado con AXA, con cobertura de 300.000 €, con la que responderá de los daños que puedan ocasionarse por culpa de sus empleados.

» En virtud de las cláusulas del contrato de prestación de servicios suscrito entre las codemandadas, la entidad "Bell & Corder, S.L." (INTERDOMICILIO) se obligaba a realizar la búsqueda y selección del candidato más idóneo a las necesidades del cliente ("Bel Menjadors Escolars, S.L.") y el seguimiento de las labores que desarrolle ese trabajador (vid. pacto 1º de dicho contrato). Y "en el caso de baja médica, vacaciones o baja voluntaria del empleado seleccionado para realizar el servicio, INTERDOMICILIO sustituirá este empleado por otro que sea igualmente idóneo para realizar el servicio" (vid. pacto 4º del citado contrato).

» La contraprestación económica, pactada entre las codemandadas, en virtud de dicho contrato, consistía en un precio por hora, de 11'05 euros más el 21% de IVA, o bien un precio como "tarifa plana" mensual, de 960 euros más el 21% de IVA (por 25 horas semanales).»

Acude a los folios 154 a 156 y 191 a 193, que son los documentos aportados por la parte demandada, contrato de prestación de servicios suscrito por las mismas, figurando el objeto en las cláusulas pactadas. Admite que el contrato de trabajo fue suscrito por el demandante con la empresa Bell & Corder SL. Pretende, no obstante, extraer como consecuencia la existencia de una cesión ilegal de trabajadores puesto que una de las empresas únicamente ha sido una mera intermediación laboral, para evitar los costes laborales directos a la codemandada.

Los documentos aportados, en síntesis, recogen la contratación mercantil entre Bell & Corder SL y Bel Menjadors Escolars SL, acordándose en un presupuesto adjunto los conceptos que incluyen, con la selección del candidato idóneo para la realización de las labores desarrolladas, con la contraprestación económica que comporta ya sea por €11.05 más IVA por hora o de €960 más IVA por 25 horas semanales. Contratación mercantil y laboral, cuyo contenido e incidencia a la hora de resolver el recurso será examinada al momento de dilucidar los motivos jurídicos.

Cuarto. Reclama la supresión del hecho probado sexto de la sentencia que señala que "Es de aplicación el Convenio de Empresa Convenio Colectivo de Inter Domicilio SC Zaragoza publicado en el Boletín Oficial de Zaragoza número 105 de 11/05/2013" por predeterminar el fallo y contener referencias jurídicas. La parte recurrida, en cuanto a la referencia de un Convenio de Zaragoza alega que es un error, pues el que sería de aplicación es el Convenio Colectivo empresa de Bell & Corder SL publicado en el Boletín Oficial de Islas Baleares el 15 noviembre 2014.

Resulta pertinente la supresión, como en la sentencia de esta Sala de 29 junio 2015 en la que mereció acogida la eliminación pedida por cuanto es una de las controversias suscitadas en juicio, debiendo contener los hechos probados los elementos descriptivos de índole fáctico que conduzcan precisamente a la conclusión pedida, y razonándose en los fundamentos de derecho la acomodación de la relación laboral al Convenio Colectivo.

Quinto. Propone la adición siguiente a continuación del hecho probado segundo: " A partir del día 16/10/2013, la jornada de trabajo del actor pasó a ser de 25 horas semanales (desde las 20 horas/semana inicialmente pactadas). Entre los días 1/04/2014 y 30/04 2014, la jornada de trabajo del actor fue de 40 horas semanales (jornada completa). A partir del día 1/05/2014, la jornada de trabajo del actor pasó a ser de 25 horas semanales" . Cita los folios 79 a 81, como son los acuerdos de modificación de jornadas por suscritos, para cuantificar el salario pretendido por el demandante. Deben admitirse los cambios de jornada, sin perjuicio de su trascendencia.

Sexto. A continuación del hecho probado tercero, interesa añadir lo siguiente: «La codemandada "Bell & Corder, S.L." envió al actor un burofax, fechado el día 22 de enero de 2015, del siguiente tenor literal:

"Sr. Victoriano , como se le informó el pasado día 5 de enero, su contrato laboral con nosotros finalizó el día 19 de enero, debido al fin de la contrata que teníamos con la empresa en la que usted prestaba sus servicios.



Con ello, se le hacía el preaviso y le daba a usted disfrute de las vacaciones remuneradas, que finalizaron el mismo 19, sin que haya comunicado nada a esta empresa hasta la fecha, e intentando por nuestra parte comunicarnos con usted inútilmente. Le enviamos esta comunicación para poner en su conocimiento que tiene en nuestras oficinas la liquidación y el finiquito listo para cobrar y que aún no se ha pasado a cobrarlo. Sin otro particular reciba un saludo.» . Folios 102 a 103, que es el mensaje remitido. Con la misma finalidad de la cuantificación pretendida, especialmente respecto de la nómina del mes de enero de 2015. Debe admitirse, sin perjuicio de su trascendencia.

Séptimo. En relación al hecho probado segundo, a continuación propone añadir:

«En el periodo temporal comprendido entre el 01-02-2014 y el 19-01-2015, el actor ha percibido, por su jornada ordinaria de trabajo, las siguientes cantidades:

- Febrero de 2014: 638'25 €
- Marzo de 2014: 596'25 €
- Abril de 2014: 924'00 €
- Mayo de 2014: 596'25 €
- Junio de 2014: 663'91 €
- Julio de 2014: 965'44 €
- Agosto de 2014: 850'00 €
- Septiembre de 2014: 659'08 €
- Octubre de 2014: 616'25 €
- Noviembre de 2014: 596'25 €
- Diciembre de 2014: 579'63 €
- Enero de 2015: 0'00 €».

Folios 95 a 100 y 93, diferentes nóminas mensuales y el informe de base de cotización de la Tesorería General de la Seguridad Social, pues persigue cuantificar las cantidades percibidas para compararlas con aquellas devengadas a efectos de la reclamación postulada. Debe admitirse al derivar de los documentos presentados.

Octavo. Solicita que sea tenido como hecho probado a continuación del hecho probado sexto la siguiente noticia periodística:

«Según noticia publicada en el diario El País el 17-06-2003(http://elpais.com/diario/2003/06/17/sociedad/1055800807_850215.) -que apareció también en la edición impresa del mismo día-, la discriminación por edad es la que más sufren los ciudadanos europeos. En dicha noticia se afirma literalmente lo siguiente: "La discriminación que más habitualmente sufren los ciudadanos europeos es en razón de la edad. Así lo constata un eurobarómetro presentado por la Comisión Europea para lanzar su campaña por un mayor conocimiento de los derechos contra la discriminación en la UE. [...] Ni la religión, ni la discapacidad física ni la orientación sexual. La discriminación más importante de la que son objeto los ciudadanos europeos es la edad, un factor que resulta determinante cuando se está buscando trabajo. Los ciudadanos que más la sufren son los que tienen entre 45 y 65 años y los más jóvenes, entre 15 y 24. [...]"

«Por otra parte, según el Eurobarómetro relativo a "La discriminación en la UE 2009", cuando una empresa quiere contratar a alguien y puede elegir entre dos candidatos con las mismas habilidades y cualificaciones, el criterio que mayormente puede poner a un candidato en desventaja es la edad del mismo (en el 48% de las ocasiones, según la media de la UE; y el 43%, en España).

«En la noticia publicada en el diario El Mundo el 03-03-2015(<http://www.elmundo.es/opinion/2015/03/03/54f6151822601d5b7f8b4577.htm>), titulada "La edad como lacra laboral", se afirma literalmente lo siguiente: "Se ha creado una asociación en España para luchar contra la discriminación laboral por razón de edad. No es la primera organización dedicada a luchar contra la discriminación por edad en nuestro país. Otras, como Stop Discriminación, Asociación contra la discriminación por edad, llevan años luchando en el frente legal. Esta nueva asociación, sin embargo, llama la atención por su nombre tan prosaicamente explícito, Encuentra Empleo Mayores de 50, y por su estrategia de premiar a aquellas empresas que explícitamente manifiesten no discriminar por edad en su selección de personal. [...]» [la negrita y el subrayado son nuestros].



Folios 124 133, noticias periodísticas publicadas en la edición digital y el resultado del euro barómetro sobre la discriminación de la Unión Europea de 2009. Alega que acredita la circunstancia que la edad de un trabajador es la primera causa de discriminación en el ámbito laboral. Y seguidamente que es un hecho notorio absoluto y general por lo que estaría exento de prueba.

Al respecto, la información de prensa no viene relacionada directamente con una noticia en que conste reseñado el demandante individualmente, sino que es expuesta una situación general o global por lo que no encaja con que la descripción de los hechos probados que han de servir de sustento para resolver el concreto recurso de suplicación. Debe reservarse para la declaración de los hechos probados aquellos estrechamente vinculados a la relación laboral examinada, sin que pueda resolverse la concreta demanda en función de estadísticas o de noticias periodísticas relacionadas.

Y toda reforma fáctica ha de asentarse en documentos y pericias que acrediten el error en la apreciación judicial emitida en instancia, sin perjuicio de que a la hora de exponer los motivos jurídicos del recurso la parte recurrente pueda desarrollar en su caso las alegaciones que sobre esta materia considere necesarias.

Además, la propia parte recurrente alega que "es un hecho que goza de notoriedad absoluta y general" añadiendo la propia parte recurrente "por lo que está exento de prueba". Mas no cabe la resolución de una pretensión de la demanda en función de datos generales puesto que ha de dilucidarse la aducida discriminación por razón de la edad con los hechos probados en función de las pruebas practicadas en juicio, y lo que consta escénicamente el demandante nació el NUM001 1964, no habiendo contando con una considerable antigüedad, ni tampoco constan los datos sobre la edad de la restante plantilla. Por tanto, la información periodística permanece en un ámbito general, que por sí sola no puede avalar la tesis mantenida por la parte recurrente.

Noveno. A continuación del hecho probado quinto, propone la adición del siguiente texto: «En fecha 17 de febrero de 2015, el actor presentó papeleta ante el TAMIB, en reclamación por la pretensión que nos ocupa, formándose el expediente nº NUM002 . El acto de conciliación se celebró el día 2 de marzo de 2015 con el resultado de "SIN ACUERDO".» Folios 23 a 29, papeleta de conciliación interpuesta y el acta de celebración del acto. A efectos de situar una posible situación legal demora en cuanto a la reclamación de la cantidad, por lo que debe admitirse, sin perjuicio de su trascendencia.

TERCERO. Desde el plano jurídico, a través del apartado C del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, reclama la revocación de la sentencia, mediante la formulación de once motivos jurídicos.

Primero. Por inaplicación del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores que regula los casos en que es producida la cesión ilegal de trabajadores y sus consecuencias jurídicas. Y sentencia del Tribunal Supremo de 2 junio 2011 que interpreta cómo han de entenderse los requisitos teóricos para que pueda ser calificado como cesión ilegal de trabajadores: el trabajador pasa a prestar sus servicios de forma permanente y bajo las órdenes de otra empresa, limitándose la actividad empresarial de la empresa contratante al suministro de la mano de obra, de modo que es detectable una interposición empresarial, debiéndose velar para que la relación laboral formal coincida con la relación laboral real.

La parte recurrida, la defensa de Bel Menjadors Escolars SL señala que son meras conjeturas que Bell & Corder SL no dispusiera ni de vehículos ni de medios suficientes para el correcto desempeño de su actividad, negando que Bel Menjadors Escolars SL realizara directamente las órdenes del servicio, siendo la misma posición que mantiene la empresa codemandada Bell & Corder SL.

El motivo debe ser estimado. El objeto de la actividad económica desarrollada por Bell & Corder SL, según el hecho probado cuarto es el servicio empresas y particulares, principalmente de tipo doméstico, encaminados a la selección de personal en tareas del hogar, limpieza, etc, desde cualquier ámbito domiciliario. Y entre estas actividades empresariales no consta el reparto de catering en centros educativos, que era precisamente la función laboral que realizaba el trabajador demandante como conductor. En el concreto caso analizado, Bell & Corder SL no facilitaba el vehículo para hacer el reparto, realizándose en una furgoneta de Bel Menjadors Escolars SL, con la correspondiente identificación de esta empresa. Además, Bel Menjadors Escolars SL emitía las órdenes directamente para realizar el servicio, indicando los lugares donde debería efectuarse, por lo que es detectable la asunción de dirección y control de trabajo, aportando el elemento material esencial como es el vehículo de transporte, además del objeto de reparto.

Por tanto, la selección de personal, como única participación de la codemandada acreditada en juicio, no puede justificar que la prestación de servicios del demandante permaneciera en el ámbito de organización de Bell & Corder SL, ni tampoco existe una justificación técnica específica.

Además, el sistema de la contraprestación económica concertado en la contratación mercantil efectuada entre Bell & Corder SL y Bel Menjadors Escolars SL de precio por hora de trabajo o números de horas semanales,



es causa de responsabilidad a la empresa que debería haber contado en su plantilla con el trabajador que ha estado inmerso en su ámbito de organización empresarial, como en esta línea establecen las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla-León, Valladolid, de 10 marzo 2010 y de Madrid de 22 octubre 2009 .

Y no es objeción para alcanzar esta conclusión que Bel Menjadors Escolars SL realice su actividad empresarial dedicada a la elaboración de comidas y catering, disponiendo de personal de cocina necesario con esta finalidad de prestar este servicio, puesto que el análisis realizado corresponde a una situación independiente como es la inserción de un trabajador en su organización empresarial al venir realizando directamente el reparto a domicilio de los menús realizados y que precisan de su debido reparto.

Por tanto, han incurrido las empresas demandadas en la previsión legal establecida en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores que regula que la cesión ilegal de trabajadores deviene producida cuando el objeto de los contratos de servicios entre las empresas consiste únicamente en una mera puesta a disposición del trabajador de la empresa cedente a la empresa cesionaria o no sean ejercidas las funciones inherentes a su condición de empresario. Y ello con independencia de que ambas empresas tengan cierta organización propia para acometer las restantes actividades empresariales, puesto que esa es una previsión legal distinta, como causa independiente, a efectos de apreciar asimismo la existencia de una cesión ilegal de trabajadores.

La consecuencia jurídica es que ambas empresas demandadas han de responder solidariamente de las obligaciones contraídas con el trabajador, teniendo derecho a adquirir la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria.

Segundo. Por inaplicación de los artículos 15 del Estatuto de los Trabajadores en conexión con los artículos 2 y 9 del Real Decreto 2720/1998 así como el artículo 6.4 del Código Civil , sosteniendo el recurso la fraudulencia de la contratación temporal. Alega que solo en el interrogatorio practicado en juicio fue especificado que el servicio consistía en el reparto de catering en centros educativos, sin que conste con claridad el objeto del contrato en el mismo, no siendo suficiente la atención de clientes.

El motivo anterior ha sido acogido de modo que comporta que la relación laboral no pueda ser concebida como de índole temporal. Y del mismo modo, la falta de acreditación de una causa de temporalidad, más allá de la finalización de la contratación mercantil entre ambas empresas, conlleva la conversión del contrato temporal en un contrato indefinido. La carencia de sustantividad o autonomía propia de dicho del ámbito de la actividad de la empresa de reparto, y en su ejecución, conduce a las consecuencias que los artículos antes mencionados establecen por lo que el segundo motivo planteado en la misma dirección resulta estimable.

Tercero. Por inaplicación de los artículos 14 de la Constitución Española y artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores en conexión con la Directiva 2000/78/C del Consejo de 27 Noviembre 2000 y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 diciembre de 2016 en cuanto a discriminación por motivos de discapacidad.

Bel Menjadors Escolars SL defiende que únicamente rescindió la contratación mercantil con Bell & Corder SL y que fue Bell & Corder SL la que mantenía una relación laboral con el demandante. Que no ha existido un despido disciplinario sino la finalización del plazo convenido. Y que la fraudulencia de la contratación temporal no llevaría aparejada irremediamente la nulidad de la extinción contractual, cuando lo que terminó fue el servicio para el que fue contratado. Defiende en relación al presente recurso que de la duración de la incapacidad temporal del demandante no cabe extraer una equiparación con el caso resuelto por la sentencia alegada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En efecto, el motivo no puede ser estimado por cuanto no ha sido inaplicado erróneamente el artículo 14 de la Constitución Española . Si bien el cese efectuado no está justificado por las razones anteriormente expuestas, por lo que debe ser calificado de despido improcedente, pero no existen elementos fácticos ni razones para acoger la tesis de la demanda de que pudiera haber sido efectuado por razón de la aducida "discapacidad", ni estamos tampoco ante las previsiones que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido desarrollando.

El demandante causó baja por incapacidad temporal el 17 diciembre 2014, resultando que el contrato temporal tenía una finalización prevista 19 enero 2015, a cuya finalización la empresa Bell & Corder SL comunicó el cese, si bien la incapacidad temporal continuó hasta el 20 abril 2015, sin que fuera impugnada, por lo que no resulta pertinente confundir el periodo de incapacidad temporal propia de una baja laboral con los efectos sanitarios de la dolencia de la hernia inguinal, aun cuando pudiera haber tenido una recidiva. La pretendida extensión temporal, cuando la incapacidad temporal está fijada de forma distinta, no puede convertir sin más una incapacidad temporal que duró cuatro meses en una "discapacidad" con la pretensión de entender la como duradera a los efectos jurisprudenciales planteados en el recurso.



Y en esta dirección, el propio Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 18 marzo 2018, y que tiene presente la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 diciembre de 2016 en cuanto a discriminación por motivos de discapacidad, señala que:

*"Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la incidencia que sucesivas resoluciones del TJUE pudieran tener en litigios sometidos a nuestra consideración pudiendo citar las recaídas el 30 de mayo de 2016 (Rcud. 3348/2014), 21 de septiembre de 2017 (Rcud. 782/2016). Las citadas resoluciones se han hecho eco de las SSTJUE dictadas el 11 de junio de 2006 en el asunto Chacón Navas- C 13/05, el 13 de abril de 2013- asunto Ring acumulados C 335/11 y 337/11 y de 1 de diciembre de 2016, asunto **Daouidi**- C 345/15). Con posterioridad el TSJUE ha incidido nuevamente en la cuestión a través de la sentencia de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero- C 270/16, que reitera el criterio interpretativo sentado en los asuntos acumulados C 335/11 Y 337/11, sentencia de 13 de abril de 2013 conocida como asunto Ring.*

*En la última de las sentencias dictadas por esta Sala, STS de 24-9-2017 (Rcud. 782/2016), se expresaba así la evolución experimentada por comparación entre los acumulados C-13/15 (Chacón Navas) y los acumulados C-335/11 y C-337/11 (Ring) así como en el C-395/15 (asunto **Daouidi**): "Es elemento inicial en orden a la extensión de la aplicabilidad es la legislación provisional la Directiva 200/78 de 27-11 cuyo artículo 1 dispone lo siguiente: ..*

En cuanto a la respuesta acerca de si cabe considerar la enfermedad como un motivo que se añada a los recogidos en la Directiva 2000/78, el TJUE responde: «1º.- que ninguna disposición del Tratado de la CE prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad "en cuanto tal" (54).

21.-que la enfermedad en "cuanto tal" no puede considerarse como un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos (57).

A juicio de esta Sala, la dicción de "la enfermedad en cuanto tal" o sea considerada únicamente y de forma abstracta como enfermedad, no entra dentro de los motivos de discriminación, pero ello no obsta a que la enfermedad que comporte una discapacidad a largo plazo, esté ya incluida como discapacidad y por tanto protegida por la Directiva.»... En las sentencias posteriores, ambas de 11-4-2013 (asuntos 335 y c 337-2011, Ring) al efectuar una interpretación de la Directiva, 2000/78 acorde con la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante la decisión de 26-11-2009, se llega a varias conclusiones relacionadas con el contenido de la sentencia de 11-7-2006 (asunto Chacón Navas), para concretar que, manteniendo el concepto de discapacidad, ésta deberá mantenerse a largo plazo y que al igual que en aquella sentencia, la enfermedad "en cuanto tal" no constituye un motivo que venga a añadirse a otros respecto a los cuales la Directiva 200/78 prohíbe toda discriminación.

La citada Convención reconoce en su considerando e) que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Así, el artículo 1, párrafo segundo, de esta Convención dispone que son personas con discapacidad aquellas «que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

La STJUE de 11-4-2013 siguiendo la pauta establecida por la citada Convención y las consideraciones vertidas en los apartados 28 a 32 de la sentencia, señala que «el concepto de « discapacidad » debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas o mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Prosigue afirmando que: «41. Por consiguiente, procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, deriva en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de « discapacidad » en el sentido de la Directiva 2000/78.

42. En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78. En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación (véase la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 57).»

*Al historial del análisis de la Directiva 200/78 se añade la STJUE de 1-12-2016 (395/15), (**Daouidi**) en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por un tribunal español acerca de un supuesto de despido hallándose el trabajador en situación de incapacidad temporal, con objeto de valorar en términos de duración la aplicación al caso de la noción de discapacidad elaborada en torno a la Directiva 200/78, asignándole un valor de durabilidad apreciable según las circunstancias."*



Resumiendo la evolución descrita con la incidencia de la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante resolución de 26-11-2009 que dio lugar a una posterior matización, pero siempre insistiendo en la distinción entre "la enfermedad en cuanto tal" y la discapacidad, cabe acentuar que ésta radica en la limitación que para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones supone la interacción de las dolencias con diversas barreras diferenciando esa situación, compatible con la asistencia al trabajo, de la simple baja por enfermedad.

La situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de "discapacidad" distinta de "la enfermedad en cuanto tal" en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TSJUE en las resoluciones a las que se ha hecho mérito, anteriores al enjuiciamiento de los hechos e inclusive posterior como sucede en el C-270/16 (asunto Ruiz Conejero) en donde vuelve a insistir en que la Directiva 2000/78 del Consejo se opone a la normativa nacional cuando las ausencias sean debidas a "enfermedades atribuidas a la discapacidad de ese trabajador" sin alterar la noción de discapacidad elaborada en anteriores resoluciones. Con base en dicha interpretación no es posible inculpar la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad sino mantener la de improcedencia derivada de la falta de justificación como despido disciplinario que en todo caso exige un componente intencional, ausente en la actuación de la trabajadora".

El motivo, por tanto, decae.

Cuarto. Inaplicación del artículo 14 de la Constitución Española y artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores a propósito de la discriminación por motivos de la edad. Alega la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 mayo 2008. La parte recurrida considera que no tiene sentido despedir a un trabajador por tener 50 años cuando había sido contratado no mucho tiempo antes.

El motivo tampoco concurre. La parte recurrente realiza una adecuada exposición teórica relativa a la prohibición de discriminación, transcribiendo asimismo en este sentido la jurisprudencia constitucional dictada en esta materia. Sin embargo, desde el plano de los indicios no puede predicarse la misma conclusión en la medida que únicamente consta la circunstancia de su edad, que por sí sola no puede conducir a la pretensión de obtener la nulidad del cese. Ni resulta suficiente como indicio el contar con 50 años de edad, ni tampoco han sido verificadas circunstancias de la empresa en relación con la restante plantilla y que pudieran sopesarse a efectos de una actuación discriminatoria por razón de la edad. La parte demandante no puede pretender que sea conforme a derecho la declaración de la nulidad del despido basada exclusivamente en la fecha de nacimiento, para seguidamente alegar que la carga probatoria ha de trasladarse a la empresa. Es deber de la parte demandante introducir los elementos indicativos de la vulneración del derecho fundamental, no pudiéndose conformar únicamente con el dato cronológico de la edad.

Quinto. Por infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración de las normas sobre la carga de la prueba, en conexión con los artículos 96.1 y 181.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en relación a la distribución de la carga probatoria, con la pretensión que sea producida la inversión de su carga, entendiéndose que ha acreditado suficientes indicios.

El motivo debe desestimarse.

Del mismo modo que en el motivo antecedente examinado, la parte recurrente establece los parámetros jurídicos propios de la distribución de la carga probatoria que desde un punto de vista general son correctos, pero no cabe subsumir el planteamiento con la acreditación de indicios suficientes para que opere la inversión de la carga probatoria.

Además, trata de diferenciar la presente infracción jurídica asentada en normas procesales, cuando los motivos anteriores precisamente han sido abordados de forma antecedente desde la perspectiva jurídica de los derechos fundamentales concernidos, por lo que han de reiterarse las razones expuestas previamente.

No resulta suficiente a efectos de la nulidad reclamada, en suma, que el demandante tenga una edad de 50 años y haya estado en un proceso incapacidad de temporal durante cuatro meses. Ni las partes demandadas han realizado una completa omisión del deber de procurar justificar el cese de forma objetiva, puesto que la empresa Bell & Corder SL ha probado la existencia de un contrato temporal, no obstante su causalidad no ha sido verificada, de modo que deviene indefinida la relación laboral con Bell & Corder SL, y, por añadidura, por la cesión ilegal respecto de la empresa Bel Menjadores Escolars SL.

Sexto. Por inaplicación del artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para fijar una indemnización complementaria por daño moral y perjuicios adicionales derivados. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 junio 93 y 8 marzo 95. Solicita una indemnización de 6.251 euros aplicando el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto, que aprueba la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.



Por consiguiente, la desestimación de la posición mantenida respecto a la discriminación alegada por la parte demandante conlleva que sea improcedente la imposición de la indemnización reclamada.

Séptimo. Por inaplicación del artículo 55.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 113 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y la jurisprudencia que los interpreta, efectos de la declaración de la condición de fijo, con la condena de la demandada a que readmita al demandante por despido nulo.

La estimación de la improcedencia del despido y la desestimación de la nulidad del mismo, antes razonada, conlleva que no sean procedentes las consecuencias reclamadas en este motivo analizado, sin perjuicio de la declaración de las consecuencias inherentes al reconocimiento de la petición que efectivamente ha sido estimada.

Octavo. Formulado de forma subsidiaria al motivo anterior, arguye la inaplicación de los artículos 49.1.k , 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores así como los artículos 108 y 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , a efectos de la declaración de la adquisición de la condición de fijo y condenar a la demandada a pasar por las consecuencias derivadas del despido improcedente.

Por lo señalado, procede estimar que las consecuencias jurídicas que han de fijarse son aquellas inherentes al despido improcedente por la normativa alegada en este motivo, de modo que, adquiriendo el trabajador demandante la condición de fijo, conforme al artículo 43 del Estatuto los Trabajadores en cualquiera de las dos empresas demandadas, el trabajador puede optar a su elección entre la empresa cedente o cesionaria. En efecto, dada la estimación de la posición de la parte demandante consistente en la existencia de una cesión ilegal del trabajador, procede que el trabajador opte por la empresa para la que pudiera seguir prestando servicios en el supuesto en que las demandadas en primer término eligieran la readmisión del trabajador. Pero deviene subsiguiente a los razonamientos anteriores mantener la condena a las empresas demandadas al ejercicio de la opción legal establecida en el artículo 56 del Estatuto los Trabajadores , para que elijan entre la indemnización legal o la readmisión con abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido.

Conforme al fallo de esta resolución, las empresas demandadas deberán ejercitar la opción legal establecida en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , sin perjuicio de que en ejecución de sentencia, para el caso de ser readmitido el trabajador demandante, opte a su elección entre la empresa cedente o cesionaria.

Noveno. La parte recurrente, por último, solicita la condena por tres conceptos más, en concreto, por diferencias salariales, el recargo del 30% sobre estas diferencias salariales y el interés legal al mismo tiempo, reclamaciones que serán analizadas conjuntamente al versar sobre la reclamación de cantidad presentada de forma acumulada al despido.

La primera de las reclamaciones por infracción de los artículos 4.2.f , 26 , 31 y 38 del Estatuto de los Trabajadores en conexión con el XV y XV Convenio Colectivo Sectorial de Hostelería de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares , en conexión con el IV Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería, en relación con el artículo 43 del Estatuto los Trabajadores y la jurisprudencia que los interpreta. Asimismo, son alegadas las sentencias del Tribunal Supremo de 4 julio 2013 y 17 abril 2007 a efectos de ser retribuido con los salarios superiores que hubiera percibido en la empresa cesionaria con efectos retroactivos.

La segunda de ellas por infracción de los artículos 4.2.f y 26 en conexión con el artículo 32 del Convenio Colectivo Sectorial de Hostelería de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares , en relación con el artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores . A efectos de solicitar una indemnización adicional del 30% respecto de la reclamación de cantidad sobre los salarios reclamados. Y la tercera, relacionada con la anterior, por inaplicación de los artículos 1108 y 1100 del Código Civil , por lo que reclama el interés legal por mora desde la interpelación consistente en la presentación de la demanda de conciliación, es decir, desde el 17 febrero 2015.

Defiende en cuanto a la primera reclamación que la tarea del trabajador demandante consistente en el reparto de catering viene incluida en el Convenio Colectivo Sectorial de Hostelería de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, en cuyo ámbito de aplicación personal, funcional y territorial están las empresas que desarrollen sus actividades en centros de trabajo relacionados en el anexo y resultaran afectados por el ámbito funcional del Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería, en cuyo artículo 4 viene incluido en el sector de hostelería las empresas que presten actividades de servicios de comida para su consumo por el cliente, en restaurantes, catering, comedores colectivos.... Y dado que Bel Menjadors Escolars SL tiene como actividad de servicio el reparto para consumo de comida y bebida, la relación laboral del demandante ha de regirse por el Convenio Colectivo Sectorial de Hostelería de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares. Precisa el nivel salarial cuatro del anexo primero como conductor, y categoría del establecimiento B, por lo que es fijada la retribución mensual según el artículo 24 en 1253.15 euros mensuales desde el uno de abril de 2014 y con anterioridad de 1239,21 euros



mensuales. Consecuentemente, habiendo sido acreditada una percepción de 7685.31 euros, la diferencia adeudada por la parte demandada sería de 4560.37 euros, debiendo responder solidariamente.

Ante esta pormenorizada reclamación, Bel Menjadors Escolars SL alega que Bell & Corder SL dispone de Convenio Colectivo propio, añadiendo que no es procedente el recargo del 30% solicitado. Por su parte, Bell & Corder SL muestra su disconformidad con todos los puntos del recurso y está de acuerdo con la sentencia dictada. Ambas partes codemandadas no realizan puntualizaciones aritméticas para el caso de aplicación de Convenio Colectivo Sectorial de Hostelería de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares en cuanto a la faceta de las concretas reclamaciones económicas derivadas de las diferencias salariales detectadas por la parte demandante.

La primera petición relacionada con la reclamación de diferencias salariales ha de ser estimada. En primer término, en la medida que la actividad empresarial, una vez declarada la cesión ilegal de trabajadores de la forma anteriormente examinada, corresponde a aquel cuyo objeto viene incluido en el Convenio Colectivo Sectorial de Hostelería de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares y el Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería, y del modo que el planteamiento del recurso pone de manifiesto, sin que exista argumento en contrario que desvirtúe la conclusión anterior. Ni lo es que la empresa Bell & Corder SL disponga de Convenio Colectivo, por cuanto precisamente ha sido establecida la cesión ilegal teniendo en cuenta que el objeto social no consiste en servicios como el señalado, por lo que resulta necesario en su defecto acudir a la regulación convencional antes referida para determinar las consecuencias retributivas de la prestación laboral realizada por el trabajador demandante. Además, no sólo la sentencia ha recogido un Convenio Colectivo equivocado, aspecto que podría ser rectificado, sino ni ha sido indicado otro diferente ni el Convenio Colectivo de empresa reseña la categoría profesional ahora concernida.

Por último, en cuanto a los dos últimos motivos del recurso, procede estimar el primero de ellos, por cuanto resulta procedente, dado que no ha sido ofrecida ninguna cantidad al demandante ni en el periodo previo de conciliación ni con anterioridad a la sentencia, por lo que debe acogerse, al tratarse de salarios, la indemnización adicional del 30% respecto de la suma objeto de condena en función del artículo 32 del Convenio Colectivo Sectorial de Hostelería de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares ; y precisamente con este alcance porcentual y no con otro suplementario, al fijarse en el artículo 32 apartado segundo de este modo en una cuantía superior a los restantes intereses que pudieran imponerse.

Consiguientemente, el recurso ha de estimarse parcialmente.

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso presentado por la representación de D. Victoriano , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma de Mallorca, de fecha 4 de septiembre de 2017 , en demanda presentada contra las empresas Bell & Corder SL y Bel Menjadors Escolars SL, con intervención del Ministerio Fiscal.

Declaramos la existencia de una cesión ilegal entre la empresa cedente Bell & Corder SL y la empresa cesionaria Bel Menjadors Escolars SL.

Declaramos la improcedencia del despido efectuado con efecto de 19-1-15 condenando a las empresas demandadas a optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente sentencia entre, abonar al referido trabajador una indemnización de 2.067,61 euros o readmitirle en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que regían antes de su despido, con abono en tal caso de una cantidad igual al importe de los salarios dejados de percibir y sin perjuicio de la ulterior liquidación que de los mismos pudiera efectuarse en trámite de ejecución de sentencia.

Las empresas demandadas deberán ejercitar la opción legal establecida en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , sin perjuicio de que, en ejecución de sentencia, para el caso de ser readmitido el trabajador demandante, opté a su elección entre la empresa cedente o cesionaria.

Y condenamos de forma solidaria a las empresas Bell & Corder SL y Bel Menjadors Escolars SL al pago al demandante de 4560.37 euros, y con el recargo del 30% de esta cantidad

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 CASACIÓN 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 DÍAS hábiles siguientes al de su notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos 218 y 220 y cuya forma y contenido deberá adecuarse a los requisitos determinados en el artº. 221 y con las prevenciones determinadas en los artículos 229 y 230 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social .

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 **Santander** (antes Banco Español de Crédito, S.A.(BANESTO), Sucursal de Palma de Mallorca, **cuenta número 0446-0000-65-0148-18** a nombre de esta Sala el **importe de la condena** o bien aval bancario indefinido pagadero al primer requerimiento, 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.

Para el supuesto de **ingreso por transferenciabancaria** , deberá realizarse la misma al número de cuenta de **Santander (antes Banesto: 0049-3569-92-0005001274, IBAN ES55)** y en el campo "Beneficiario" introducir los dígitos de la cuenta expediente referida en el párrafo precedente, haciendo constar el órgano "Sala de lo Social TSJ Baleares".

Conforme determina el artículo 229 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social , el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregando en esta Secretaría al tiempo de preparar el recurso la consignación de **un depósito de 600 euros** , que deberá ingresar en la entidad bancaria **Santander** (antes Banco Español de Crédito, S.A. (BANESTO), sucursal de la calle Jaime III de Palma de Mallorca, **cuenta número0446-0000-66-0148-18** .

Conforme determina el artículo 229 de la LRJS , están exentos de constituir estos depósitos los trabajadores, causahabientes suyos o beneficiarios del régimen público de la Seguridad social, e igualmente el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

En materia de Seguridad Social y conforme determina el artículo 230 LRJS se aplicarán las siguientes reglas:

- a) Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, para que pueda recurrir el condenado al pago de dicha prestación será necesario que haya ingresado en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, con objeto de abonarla a los beneficiarios durante la sustanciación del recurso, presentando el oportuno resguardo. El mismo ingreso de deberá efectuar el declarado responsable del recargo por falta de medidas de seguridad, en cuanto al porcentaje que haya sido reconocido por primera vez en vía judicial y respecto de las pensiones causadas hasta ese momento, previa fijación por la Tesorería General de la Seguridad social del capital costa o importe del recargo correspondiente.
- b) Si en la sentencia se condenara a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, ésta quedará exenta del ingreso si bien deberá presentar certificación acreditativa del pago de la prestación conforme determina el precepto.
- c) Cuando la condena se refiera a mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, el condenado o declarado responsable vendrá obligado a efectuar la consignación o aseguramiento de la condena en la forma establecida en el artículo 230.1.

Conforme determina el art. 230.3 LRJS los anteriores requisitos de consignación y aseguramiento de la condena deben justificarse, junto con la constituir del depósito necesario para recurrir en su caso, en el momento de la preparación del recurso de casación o hasta la expiración de dicho plazo, aportando el oportuno justificante. Todo ello bajo apercibimiento que, de no verificarlo, podrá tenerse por no preparado dicho recurso de casación.

Guárdese el original de esta sentencia en el libro correspondiente y líbrese 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 nº 298/2018, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ