



Roj: **STSJ CAT 4294/2015 - ECLI:ES:TSCAT:2015:4294**

Id Cendoj: **08019340012015102903**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **08/05/2015**

Nº de Recurso: **677/2015**

Nº de Resolución: **2981/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FELIPE SOLER FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2013 - 8015072

AF

Recurso de Suplicación: 677/2015

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 8 de mayo de 2015

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 2981/2015

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Luis Manuel y D. Arsenio frente a la Sentencia del Juzgado Social 6 Barcelona de fecha 30 de septiembre de 2014 dictada en el procedimiento nº 329/2013 y siendo recurridos D^a Rita , Bal 51, S.A. y Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. FELIPE SOLER FERRER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 25 de marzo de 2013 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 30 de septiembre de 2014 que contenía el siguiente Fallo:

"ESTIMO EN PARTE la demanda en el presente procedimiento seguido en este Juzgado con el número 329/2013 a instancia Luis Manuel , Arsenio Y Rita contra BAL 51, S.A. y FONDO DE GARANTIA SALARIAL en reclamación por DESPIDO y en concreto:

-desestimo la demanda respecto a Arsenio Y Rita , y absuelvo a los demandados de las pretensiones de los mismos.



-estimo en parte la demanda respecto Luis Manuel en reclamación por DESPIDO y declaró improcedente el despido del mismo de fecha de efectos 22/02/2013 condenando a BAL 51, S.A. a fin de que, en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia y ante este Juzgado expresamente, opte entre la readmisión del trabajador el abono al mismo de una indemnización total de 487,90 euros.

Si la opción es por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

Si la opción es por la readmisión el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación conforme al salario diario de 5,77 euros y en cantidad equivalentes 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.

ABSUELVO al FOGASA sin perjuicio de la responsabilidad prevista en el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores .
"

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

1.- Los actores han prestado sus servicios por cuenta y orden de BAL 51,S.A CIF A58354721 con domicilio en calle Balmes 51 bajos nº INS.S.S. 08/0407899-36 en las siguientes circunstancias profesionales:

Luis Manuel con DNI NUM000 , antigüedad de 22/01/2011, categoría profesional de portero y salario mensual bruto con prorrateo de pagas extras de 173,22 euros. Prestaba sus servicios cada mes 2 días a la semana.

Arsenio con DNI NUM001 , antigüedad de 08/02/2006, categoría profesional de portero y salario mensual bruto con prorrateo de pagas extras de 173,22 euros. Prestaba sus servicios cada mes 3 días a la semana.

Rita con DNI NUM002 , antigüedad 23/02/2006, categoría profesional camarero y salario mensual bruto con prorrateo de pagas extras de 176,52 euros. Prestaba sus servicios cada mes 3 días a la semana.

2.- Mediante burofax remitido el 22/02/2013 por Don. Arsenio a Balmes 51-Discoteca Bal51 en calle Balmes 51 08007, el mismo comunicaba que estando cerrada la empresa por reformas, se le indicara la fecha en que debía reincorporarse a la misma y que en caso de no hacerlo entendería que se había producido un despido verbal. El Burofax no fue entregado y quedo pendiente de recoger en oficina no siendo recogido por el destinatario.

3.- Don. Arsenio consta en alta en la TGSS por la empresa Bal 51, S.A. en el periodo 08/02/2006 a 08/06/2012, con contrato de trabajo tipo 289 (indefinido a tiempo parcial y % del CTP 10%) -272 días en alta-

Con posterioridad a estado en alta en las siguientes empresas y periodos: ARBOX EVENTOS,S.L. 15/05/2013 a 13/06/2013, 28/06/2013 a 30/06/2013, (con contratos tipo 501-401) PREVENTIVA SERVICIOS Y CONTROL. S.L. 07/07/2013 a 24/08/2013 (con contrato tipo 501) ARBOX SERVICIOS,S.L. 22/09/2013 a 2/09/2013, 28/09/2013 a 29/09/2013, 11/10/2013 a 12/10/2013, 22/11/2013 a 25/11/2013, 19/12/2013 a 20/12/2013, 01/03/2014 a 02/03/2014, 14/03/2013 a 16/03/2013, 21/03/2013 a 23/03/2013 (con contratos tipo 501-401); CONSEJO 280,S.L. de 18/09/2013 a 07/12/2013 (con contrato tipo 501); OTROLETRAVALLADINA,S.L. 28/06/2012 A 14/03/2014 (contrato tipo 289)

4.- Mediante burofax remitido el 22/02/2013 por Doña. Rita a Discoteca Balmes51 en calle Balmes 51 08007, la misma comunicaba que estando cerrada la empresa desde hacía unas semanas por reformas solicitaba se le indicara la fecha en la que debía reincorporarse, y de lo contrario consideraría que existía un despido verbal. El Burofax no fue entregado y quedo pendiente de recoger en oficina no siendo recogido por el destinatario quedando sobrante.

5.- Doña. Rita consta en alta en la TGSS por la empresa Bal 51, S.A. en el periodo 23/02/2006 a 31/12/2012, con contrato de trabajo tipo 286 y % del CTP 10%). Con posterioridad consta en alta en la TGSS como perceptora de prestación por desempleo con alta el 29/01/2013 y baja el 09/07/2013, y el alta como autónomo desde 01/09/2013.

6.-Mediante burofax remitido el 23/02/2013 por Don. Luis Manuel a Discoteca Balmes51 en calle Balmes 51 08007, el mismo comunicaba que había recibido el alta médica con efectos de 19/02/2013 y que había acudido al centro de trabajo el 22/02/2013 encontrándolo cerrado, y pasaba a solicitar instrucciones para la reincorporación o entendería que había sido despedido. El Burofax no fue entregado y quedo pendiente de recoger en oficina no siendo recogido por el destinatario quedando sobrante

El Sr. Luis Manuel inició situación de incapacidad temporal por enfermedad común el 20/07/2012 causando alta el 19/02/2013.



7.- Don. Luis Manuel consta en alta en la TGSS por la empresa Bal 51, S.A. en el periodo 2/01/2011 a 31/12/2012, con contrato de trabajo tipo 200 (indefinido a tiempo parcial y % del CTP 10%).

Don. Luis Manuel con posterioridad consta en alta en las siguientes empresas y periodos con un contrato tipo 100 (indefinido a jornada completa): OPTIMA LESAN S.L. 01/06/2013 a 04/08/2013 y de 10/09/2013 a 13/09/2013 y con anterioridad por la empresa Limserco, S.L. de 01/09/2008 a 31/05/2013.

8.- La Discoteca Balmes51 en calle Balmes 51 cerró tras la celebración de fin de año 2012 y entrada del año 2013.

9.- Los tres actores intentaron conciliación previa interponiendo solicitud de conciliación en materia de despido el 07/03/2013, el 09/07/2013 se celebró el acto con el resultado de intentado sin avenencia.

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora D. Arsenio y D. Luis Manuel , que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, las codemandadas no impugnaron, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó la demanda de despido respecto de los trabajadores D. Arsenio y D^a Rita , estimándola en parte respecto del codemandante D. Luis Manuel , cuyo despido se declara improcedente, con las consecuencias inherentes a tal declaración.

SEGUNDO.- Recurre en suplicación, en un mismo escrito de recurso, la representación letrada conjunta de los trabajadores D. Arsenio y D. Luis Manuel . El primer motivo, al amparo del apdo. b) del art. 193 LRJS , persigue la modificación del HP 1º en cuanto al salario declarado probado. Pretensión modificatoria que la Sala no acepta, pues la parte recurrente no se basa en prueba documental para apoyar la tesis revisora, sino en alegaciones de parte, más o menos fundadas, sobre la duración de la jornada de trabajo y el salario que debían percibir los actores, alegaciones que no vienen respaldadas en documento alguno. Antes bien, las nóminas aportadas por los propios actores reflejan un salario distinto del pretendido en el recurso, desvirtuando aquellas alegaciones y dando por consecuencia sustento probatorio a los salarios fijados en el ordinal discutido. Bien sabido es que para poner de manifiesto el error de hecho la parte recurrente se ha de basar, lo que aquí no sucede, en documentos que ostenten un decisivo valor probatorio y tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad y su contenido no esté contradicho por otros elementos probatorios.

Lo alegado por los trabajadores en demanda sobre el salario que decían percibir no permite la revisión fáctica, pues tal alegación está necesitada de prueba, incumbiendo la carga probatoria a quien alega, sin que el hecho de que la empresa no comparezca al acto del juicio, pese a su citación en forma, pueda determinar automáticamente que se la tenga por confesa. Respecto al alcance y efectos de la «ficta confesio», como ha manifestado esta Sala, entre otras muchas, en su sentencia de 13 noviembre 1997 , con cita de la del Tribunal Supremo de 7 mayo 1985, «ante la incomparecencia del confesante, es facultad discrecional del juzgador tenerlo o no por confeso... según entienda que la restante prueba practicada le ofrece... elementos de juicio suficientes para formar su convicción sobre los hechos constitutivos, impeditivos o extintivos, determinantes del proceso que ha de fallar, pues la situación de rebeldía en que se halla situada una parte litigante, no es suficiente para que diera pie a tenerla por confesa, ya que la denominada "ficta confesio" está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como una facultad de los Tribunales, que, en su aplicación, habrá de tener en cuenta la valoración de los demás medios de prueba».

Finalmente, se invoca también la prueba testifical para intentar acreditar que cada jornada de trabajo de los actores duraba seis horas, olvidando con ello los recurrentes que en nuestro ordenamiento procesal la apreciación de la fuerza probatoria de las declaraciones testificales es libre, no sujeta a reglas jurídicas de valoración predeterminadas (art. 376 LECiv), a salvo de no apartarse de las reglas de la sana crítica, y que, además, en el proceso laboral, la valoración de dicha prueba es de la incumbencia exclusiva del juzgador de instancia, sin que su criterio al respecto sea susceptible de ser revisado ni enmendado en grado de suplicación. Por lo que el juicio crítico del Juzgador de instancia sobre los meritados testimonios no puede ser impugnado por los litigantes en vía de recurso ni, en cualquier caso, ser variado por el Tribunal "ad quem".

Razones las expuestas que llevan al rechazo del motivo y por su consecuencia al del primer motivo de derecho, articulado por la vía del apdo. c) del art. 193 LRJS , que acusa infracción de diversos preceptos del convenio colectivo de aplicación, pues no se ha acreditado debidamente que el Juzgado parta de premisas erróneas para la determinación del salario regulador de los despidos.



TERCERO.- En el siguiente motivo, de censura jurídica, se acusa infracción por la sentencia de instancia del art. 55.1 ET y del art. 217 LEC respecto del demandante D. Arsenio . Censura que no puede prosperar a tenor de los hechos probados, pues en ellos no se declara acreditado que este trabajador prestara servicios en la empresa más allá de la fecha en que causó baja en la Seguridad Social, más de seis meses antes del cierre de la Discoteca. Según constante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas Sentencia de 25 de julio de 1990), en los juicios de despido corresponde al trabajador la prueba de la decisión empresarial de cesarle en su puesto de trabajo, por ser tal hecho el constitutivo de su pretensión y sin perjuicio de aquellos casos en que ello se deduzca sin lugar a dudas de la existencia de hechos concluyentes en tal sentido; se trata en realidad de una mera aplicación del principio recogido en el derogado art. 1214 del Código Civil , según el cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento", hoy derogado por la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, pero disciplinada la carga probatoria en el artículo 217 de la mencionada Ley ritaria. Por otra parte, la situación de contumacia o rebeldía en que se haya colocado una parte litigante no es suficiente para eximir a la otra de la obligación de probar aquellos extremos que le correspondan conforme a las reglas generales sobre la carga de la prueba. Las diligencias de prueba tienen por objeto el convencimiento del juzgador sobre los hechos controvertidos, y tan sólo tienen esta consideración aquellos que, invocados por una parte, son negados por la contraria. Como indica el art. 87.1 LRJS , únicamente ha de practicarse prueba respecto de los hechos sobre los que no hubiere conformidad, quedando por tanto excluidos aquellos que resultan conformes al no ser discutidos por la contraparte. Pero tal precepto se ha de interpretar conjuntamente con el artículo 91.2 LRJS , de acuerdo con el cual la incomparecencia sin justa causa del llamado a confesar faculta al juzgador para que pueda tenerle por confeso, pero no le impone la obligación de hacerlo. De lo que se colige bien a las claras que la mera incomparecencia de la empresa no supone allanamiento a las pretensiones de la demanda, ni obliga, por esta sola razón, a su estimación. Dicho lo cual, no se muestra incorrecta la decisión judicial adoptada en la instancia, de no tener por acreditados los hechos alegados en la demanda, pues no se aporta prueba suficiente acreditativa de la pretendida persistencia de la relación laboral hasta el cierre empresarial, que viene desmentida, al menos de modo indiciario, por haber sido cursada la baja en Seguridad Social del trabajador muchos meses antes del cese de la actividad. Y, como se ha dicho, la prueba testifical no es valorable por la Sala, por lo que, en definitiva, ante la falta de prueba de los hechos constitutivos de la pretensión actuada respecto a dicho trabajador, no cabía sino la desestimación de su demanda, como así decidió la sentencia recurrida.

CUARTO.- Se acoge en cambio el motivo siguiente, en el que se invoca infracción del art. 110.1.b) LRJS , pues alegándose en demanda, y recogándose como probado (HP 8º), que la empresa, citada por edictos e incomparecida al acto de juicio, cesó en su actividad el 1-1-2013, lo procedente, en aplicación de tal precepto procesal o, analógicamente, del art. 286 del mismo texto legal , ante la evidente imposibilidad de readmisión del trabajador despedido, es declarar en la propia sentencia la extinción del contrato de trabajo, condenado al empresario a pagar al trabajador D. Luis Manuel la indemnización legal calculada hasta la fecha de la sentencia del Juzgado, de acuerdo con el salario declarado probado, y en todo caso sin salarios de tramitación.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Arsenio y D. Luis Manuel contra la Sentencia de fecha 30 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Barcelona , en el procedimiento de despido nº 329/2013, y en su consecuencia revocamos en parte dicha resolución, para confirmando la declaración de improcedencia del despido de D. Luis Manuel , declarar extinguido su contrato de trabajo con la empresa demandada BAL 51 SA desde la fecha de la sentencia de instancia, por imposibilidad de readmisión, condenando a dicha empresa a que abone a este trabajador una indemnización por despido improcedente por importe de 781,17 euros, sin derecho a salarios de tramitación. Confirmando en lo demás los restantes pronunciamientos del fallo de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .



Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOC