

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 179/2018 de 21
Feb. 2018, Rec. 2609/2015**

Ponente: Arastey Sahún, María Lourdes.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2609/2015

Ponente: Excma. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 179/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 21 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Empresa Municipal de la Vivienda, Suelo y Equipamiento de Sevilla SA (EMVISESA), representada y asistida por el letrado D. Alfonso Martínez Escribano, contra la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), en recurso de suplicación nº 2951/2013, interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de junio de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Sevilla , en autos núm. 1298/2011, seguidos a instancias de D.^a. Inés contra la ahora recurrente.

Ha comparecido como parte recurrida D.^a. Inés representada y asistida por el letrado D. Alberto de los Santos Díaz Matador.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de junio de 2013 el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Sevilla dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- El 17/10/05 Dña Inés suscribió con Emvisesa contrato en virtud del cual se comprometía a prestar servicios profesionales como arquitecto técnico para la demandada. Los servicios consistían en "la realización de la dirección de ejecución de obras en promociones de Emvisesa incluidas en el IV Plan Andaluz de Vivienda y Suelo así como de otras obras que por ésta se promuevan en el ejercicio de su objeto social". Se da por reproducido el mencionado contrato.

Posteriormente se suscribieron tres contratos más para obras concretas, que se especificaban, los cuales también se dan por reproducidos.

SEGUNDO.- La actora estaba dada de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social.

TERCERO.- Giraba facturas a la demandada por la prestación de sus servicios, procediendo Emvisesa a emitir el correspondiente certificado de retenciones. Se dan por reproducidas las facturas correspondientes al último año, cuyos importes eran coincidentes. La actora percibió el importe de tales facturas tanto en periodos de trabajo como en vacaciones o bajas por enfermedad. Los gastos de visados, trámites colegiales y seguros de responsabilidad civil derivados de las obras objeto del contrato eran a cargo de Emvisesa.

La media de las facturas correspondientes al último año, excluidos IVA, gastos colegiales y seguro de responsabilidad civil, ascendió a 106,95 €/día.

CUARTO.- La actora prestó servicios en el Área de Proyecto y Rehabilitación, cuya sede actual se encuentra ubicada en la Plaza Nueva.

Sus funciones consistían, básicamente, en la dirección de ejecución de obras, si bien también realizaba trabajos previos al inicio de la obra y posteriores a la finalización de la misma, actuaciones en obras paralizadas o abandonadas, colaboración con otros Departamentos, elaboración de informes y similares.

En el desempeño de su trabajo actuaba bajo la dirección de los responsables del departamento, sin perjuicio de la lógica autonomía en la toma de decisiones relacionadas con los aspectos técnicos del mismo. No aparecía en los cuadrantes de personal.

La actora no tenía obligación de fichar. Su horario era el mismo que el del resto de trabajadores, el cual distribuía, según las necesidades, entre su presencia en las obras y su presencia en el centro de trabajo, en el que disponía de mesa, medios materiales, teléfono, cuenta de correo electrónico, equipo informático y similares. Tenía acceso al portal de empleados no, en cambio, al sistema de gestión SAP/r, el cual no resultaba necesario para el desarrollo de su actividad.

Las vacaciones se le concedían en función de las necesidades del servicio y previo acuerdo con los compañeros. Durante este periodo tenía obligación de consultar el correo electrónico y prohibición de apagar el teléfono móvil. En los cuadrantes de vacaciones de 2010 y 2011 no aparece incluida.

Tampoco estaba incluida en programas de formación de la empresa, aun cuando participó en algunos. Igualmente participó en las actividades de la empresa ajenas al trabajo.

QUINTO.- Emvisesa se rige por sus propios Estatutos, los cuales se dan por reproducidos.

Su objeto social es la promoción, gestión, urbanización y construcción de viviendas y otros inmuebles con algún régimen de protección, de promoción pública de titularidad municipal o de libre promoción, así como la gestión del aprovechamiento lucrativo de terrenos municipales, incluidos los suelos industriales, comerciales y los destinados a equipamientos y de los aprovechamientos resultantes del planeamiento urbanístico y en general la realización de toda clase de actuaciones que le correspondan como sociedad de gestión, como agente urbanizador en los términos establecidos en la legislación urbanística y, en su caso, como gestor de terrenos integrantes del patrimonio municipal del suelo, incluyendo todas las facultades que la legislación contemple.

Las relaciones laborales de su personal se rigen por el Convenio Colectivo de empresa.

SEXTO.- El 1/9/11 la actora y otros compañeros formalizaron su afiliación a FSP-UGT. En la misma fecha se constituyó sección sindical de este sindicato en Emvisesa, siendo designada secretaria y delegada sindical Dña Teodora .

SÉPTIMO.- Coincidiendo con la entrada en la empresa de la nueva dirección, se elaboró análisis de puestos de trabajo, en el que se recomendó la laboralización de los aparejadores o la resolución de sus contratos. No obstante esta propuesta, la empresa optó por la suscripción de contratos de trabajadores autónomos económicamente dependientes (Traede) procediéndose por el responsable de recursos humanos a la redacción de los borradores.

El 15/9/11 la actora y otro compañero se reunieron con el responsable de recursos humanos que les expuso la propuesta de la empresa para regularizar sus situaciones y les presentó los borradores de los contratos. La actora no estuvo de acuerdo con la solución ofrecida por la empresa, negándose a la firma del contrato.

OCTAVO.- El 16/9/11 el sindicato comunicó a la empresa la constitución de su sección sindical y la composición de la misma.

En la misma fecha se presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo, la cual emitió informe, que se da por reproducido, y acordó levantar actas de infracción y liquidación.

Igualmente en dicha fecha y como consecuencia de requerimiento a tal efecto, se personó en las instalaciones de Emvisesa un Notario, el cual levantó acta notarial que se da por reproducida.

NOVENO.- El 23/9/11 UGT presentó preaviso de elecciones sindicales en Emvisesa, lo que fue puesto en conocimiento de la empresa, la cual, entre otras cosas, manifestó que las personas incluidas en la candidatura no eran trabajadores de la empresa por lo que no cumplían los requisitos establecidos en la normativa electoral.

DÉCIMO.- En fechas 28/9/11 y 14/10/11 la empresa reiteró a la actora el ofrecimiento de suscripción del contrato de Traede para regularizar su situación, lo que no fue aceptado.

UNDÉCIMO.- El 16/9/11 la actora formuló papeleta de conciliación y demanda declarativa de derechos a fin de que se reconociese el carácter laboral de su relación con la demandada. En la misma fecha solicitó determinada documentación a la empresa, amparada en su condición sindical.

DUODÉCIMO.- El 28/10/11 la empresa comunicó a la actora el cese de la relación que la vinculaba con Emvisesa. Se da por reproducida la citada comunicación.

DÉCIMO-TERCERO.- Emvisesa cuenta con los servicios de aparejadores independientes cuyas condiciones son totalmente distintas a las de la actora.

DÉCIMO-CUARTO.- Intentado sin efecto el preceptivo acto de conciliación, se presentó la demanda origen de los presentes autos.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Estimo la demanda formulada por Dña. Inés contra Emvisesa, declaro nulo el despido de la actora y condeno a la demandada a que la readmita en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que tenía con anterioridad al despido, con abono de salarios de trámite desde la fecha del despido hasta la de efectiva reincorporación al trabajo.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por EMVISESA ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), la cual dictó sentencia en fecha 10 de diciembre de 2014 , en la que consta el siguiente fallo:

«Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la "Empresa Municipal de la Vivienda, Suelo y Equipamiento de Sevilla SA" (EMVISESA) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Sevilla de fecha 21 de junio de 2013 en el procedimiento seguido a instancias de Dña. Inés frente a la recurrente en reclamación por despido y habiendo sido llamado a las actuaciones el Ministerio Fiscal, confirmando la sentencia recurrida en todos sus extremos.».

TERCERO.- Por la representación de EMVISESA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) -y tras ser requerida para que seleccionara una sentencia de contraste por cada uno de los motivos expuestos entre las varias citadas en su escrito de interposición del recurso- la recurrente propone como sentencia de contraste para el primero de los motivos expuestos, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de

Justicia de Andalucía (Granada) de 26 de junio de 2013, (rollo 969/2013), y para el segundo motivo la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 13 de noviembre de 2013 , (rollo 80/2013).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 27 de abril de 2017 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

QUINTO.- Instruída la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de febrero de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso de casación para unificación de doctrina que plantea la empresa se desarrolla a través de dos motivos separados.

El primero de ellos le sirve a la parte recurrente para sostener que la relación jurídica existente entre los litigantes no ha de considerarse de carácter laboral. Se denuncia la infracción de los arts. 1.1 y 8.1 del Estatuto de los trabajadores (ET), en relación con el 2 LRJS.

2. El recurso invoca como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada de 26 de junio de 2013 (rollo 969/2013) respecto de la que no resulta posible apreciar contradicción porque se refiere a un supuesto diverso al del caso de autos.

3. Como ya hemos señalado en los ATS/4ª de 11 diciembre 2014 (rcud. 1551/2014) y 13 abril 2016 (rcud. 1230/2015), esa sentencia trata de un arquitecto, encuadrado en el RETA, con despacho profesional, que ha venido prestando sus servicios por cuenta del Ayuntamiento de Deifontes (Granada), mediante concretos y específicos encargos profesionales, por los que llevaba a cabo la oportuna facturación por cada encargo; y mediante la suscripción de diversos contratos de consultoría y asistencia técnica, en los que se especificaban la fecha de inicio y duración, el objeto, el precio fijo mensual, cuyo IVA estaba excluido, salvo en el segundo contrato suscrito. La Sala de Granada entendió que el vínculo no era laboral sustentando su conclusión en que no se acreditaba que el demandante tuviera que seguir unas determinadas directrices urbanísticas en su devenir prestacional, ni que estuviese supervisado por el Ayuntamiento en la elaboración de sus informes. Además, salvo la presencia física durante tres días en el Ayuntamiento, nada se había estipulado sobre el lugar, horario y forma en la prestación del objeto contractual; no se acreditaba que los medios para la prestación del objeto contractual fuesen puestos por el Ayuntamiento, a salvo, el uso de las dependencias municipales, en los tres días de asistencia al Ayuntamiento; la retribución había sido mensual fija, con cantidad invariable y se abonaban por el Ayuntamiento contra factura con cargo a un capítulo ajeno a la retribución del personal; no existía sometimiento a control disciplinario, ni de autorización de permisos, licencias o vacaciones, sino que el demandante tenía libertad sobre dicho particular; compatibilizó la prestación de sus servicios con el Ayuntamiento con otros organismos y particulares; y, por último, conforme a su unilateral voluntad el actor dejó en un momento dado de prestar servicios para el Ayuntamiento, sin que por la falta de prestación de servicios éste le hubiera sancionado.

4. El caso que aquí se nos somete a conocimiento es análogo a los que dieron lugar a los Autos indicados, no concurriendo, por tanto, aquí tampoco la contradicción exigida en el art. 219.1 LRJS, como así mismo sostiene el Ministerio Fiscal, lo que nos conduce a la desestimación de este motivo.

SEGUNDO.- 1. El segundo de los motivos del recurso centra el núcleo de la contradicción en la cuestión de la vulneración de la garantía de indemnidad, apreciada en la sentencia recurrida.

Se invoca, como contradictoria, la sentencia dictada por la misma Sala de Sevilla el 13 de noviembre de 2013 (rollo 80/2013), con la que sí se da aquí la triple identidad exigida por el ya citado art. 219.1 LRJS.

2. En efecto, en la sentencia referencial se resuelve también sobre la acción de impugnación de despido de quien prestaba servicios para la misma empresa, con la misma titulación (aparejador/arquitecto técnico), habiéndose producido el cese en la misma fecha. Aceptada la laboralidad del vínculo por la sentencia de instancia y confirmada tal calificación por la de contraste, ésta declara el despido improcedente descartando la concurrencia de vulneración de derechos fundamentales.

No obstante, las circunstancias de los dos trabajadores son paralelas, tanto en lo que se refiere a su situación laboral, como a la afiliación sindical en la misma fecha, como en la previa existencia de reclamación de calificación como laboral y el ofrecimiento por parte de la empresa de la contratación como trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE).

Pese a tan numerosas coincidencias, las sentencias llegan a resultados contradictorios, dado que, mientras la recurrida entiende acreditada la lesión del derecho fundamental invocado, la de contraste considera que no cabía establecer relación alguna entre los hechos reseñados y la decisión extintiva de la empresa.

3. En consecuencia, procede examinar la cuestión planteada en este segundo motivo, en el que se denuncia la infracción del art. 55.5 ET , en relación con los arts. 24.1 y 28 de la Constitución.

Niega la empresa recurrente la existencia de indicios que sirvan para justificar la calificación de nulidad del despido. Sin embargo, la mera lectura del relato fáctico que antes se ha reproducido nos ha de llevar a afirmar, precisamente, lo contrario. Recordemos que la actora ha venido prestando servicios para la recurrente desde el año 2005, siempre en las mismas condiciones, sin reconocimiento de la laboralidad de los mismos. Esa situación se mantuvo sin controversia hasta que el 1 de septiembre de 2011 ella y otros compañeros deciden afiliarse a un sindicato y éste constituye sección sindical en la empresa. Precisamente poco tiempo (el siguiente día 15) después la empresa ofrece a quienes se hallaban en aquellas condiciones la posibilidad de suscribir contratos como TRADE. Al día siguiente, la sección sindical presentó denuncia ante la Inspección de trabajo que tuvo por resultado la actuación inspectora contraria a los intereses de la empresa. Ese mismo día la actora presentó reclamación de reconocimiento de su condición de laboral. En 23 de septiembre el sindicato presentó preaviso de elecciones, negando la empresa que las personas de su candidatura fueran trabajadores. La empresa insistió en la suscripción de contratos de TRADE en 28 de septiembre y 14 de octubre. Finalmente el 28 de octubre, la empresa comunica el cese de la relación.

Frente a tales circunstancias, la empresa no justifica su decisión unilateral de poner fin a la relación en causa razonable alguna. Sostiene que ofrecía la regularización de la misma por la vía de la figura del TRADE, mas tal ofrecimiento no permite comprender cuál era la razón para extinguir el vínculo, precisamente en un momento tan inmediato a la postura que la trabajadora - y sus compañeros- acababan de adoptar en denuncia de la calificación de su relación.

Acreditada la existencia de indicio que permite deducir la posibilidad de que la vulneración constitucional se haya producido -por generar una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación-, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales en lo que constituye una auténtica carga probatoria y no un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 183/2007, 257/2007, 74/2008, 92/2008, 125/2008, 2/2009 y 92/2009).

4. Por otra parte, es doctrina constante de esta Sala IV del Tribunal Supremo (STS/4ª de 4 marzo 2013 -rcud. 928/2012 -, 5 julio 2013 (rcud. 1374/2012 y 1683/2012 -, 11 noviembre 2013 -rcud. 3285/2012 -, 14 mayo 2014 -rcud 1330/2013 - y 13 diciembre 2016 -rcud. 2059/2015-, entre otras) la que recuerda que el criterio del Tribunal Constitucional según el cual, «El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos» (STC 14/1993, 125/2008 y 92/2009).

De ello hemos de extraer la conclusión de que una actuación empresarial que surge como respuesta a acciones del trabajador tendentes a la defensa y salvaguarda de los derechos que cree ostentar debe ser calificada como «radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo según el art. 4.2 apartado g ET » (STC 76/2010, 6/2011 y 10/2011, entre otras).

5. El motivo merece rechazo ya que coincidimos con la decisión adoptada por la sentencia recurrida, como también sostiene el Ministerio Fiscal, debiendo ser su doctrina la que se considere ajustada a Derecho.

TERCERO.- 1. En consecuencia, el recurso debe ser desestimado en su integridad.

2. A tenor de lo dispuesto en los arts. 228 y 235.1 LRJS, se condena a la parte recurrente al pago de las costas del recurso, a la pérdida del depósito dado para recurrir y a soportar que se dé a la consignación el destino legal.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la Empresa Municipal de la Vivienda, Suelo y Equipamiento de Sevilla SA (EMVISESA) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de fecha 10 de diciembre de 2014 (rollo 2951/2013) recaída en el recurso de suplicación formulado por dicha parte contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Sevilla de fecha 21 de junio de 2013 en los autos núm. 1298/2011, seguidos a instancias de Dª. Inés contra la ahora recurrente, a la que condenamos al abono de las costas del recurso y a la pérdida del depósito, debiendo darse a la consignación el destino legalmente fijado.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.