

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 319/2018 de 20
Mar. 2018, Rec. 2271/2016**

Ponente: López García de la Serrana, José Manuel.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2271/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 319/2018

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 20 de marzo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Compañía de Vigilancia Aragonesa, S.L. (COVIAR, S.L.), representado por la procuradora D^a María Leceta Bilbao contra la sentencia dictada el 24 de noviembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación n° 2024/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social n° 10 de Bilbao , en autos n° 403/2014, seguidos a instancia de D. Nazario contra la Compañía de Vigilancia Aragonesa, S.L. (COVIAR, S.L.), Ombuds Compañía de Seguridad, S.A. y contra el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Nazario , representado y defendido por el letrado D. José Ramón Zabalbeitia Egizabal y Ombuds Compañía de Seguridad, S.A., representada y defendida por la letrada Da Eva Guillén García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de diciembre de 2014, el Juzgado de lo Social n° 10 de Bilbao, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando las demandas acumuladas promovidas por D. Nazario frente a Compañía de Vigilancia Aragonesa SL (COVIAR) y OMBUDS COMPAÑIA DE SEGURIDAD SA, debo declarar y declaro extinguido el contrato de trabajo entre el demandante y la empresa COVIAR, así como declaro improcedente el despido causado al Sr. Nazario , condenando a COMPAÑÍA DE VIGILANCIA ARAGONESA SL (COVIAR) a estar y pasar por esta declaración y al abono al citado demandante una indemnización de 88.805,63 euros y con absolución de OMBUDS COM PAN IA DE SEGURIDAD SA de todo cuanto se pedía. Por último

procede absolver al FGS sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria que proceda en ejecución de sentencia».

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«1º.- El demandante D. Nazario , ha venido prestando servicios para la empresa COMPAÑÍA DE VIGILANCIA ARAGONESA SL (COVIAR), con las siguientes circunstancias: Antigüedad 26-7-93; categoría profesional de escolta y salario mes con p/p de pagas extras de 3.230,10 euros.

2º.- El demandante inició proceso de incapacidad temporal por contingencias comunes con fecha 20-10-11 hasta el 18-10-12, acordándose la prórroga de la situación por otros 180 días. Finalmente el actor ha sido dado de alta médica con fecha 16-4-14 iniciando un expediente de incapacidad permanente. Por resolución del INSS de fecha 2 de septiembre 2.013 se declaró que el demandante no se encontraba afecto a grado de incapacidad permanente alguno.

3º.- Comunicado el alta médica a la empresa, esta procedió a darle de alta.

4º.- El demandante recibió comunicación de la empresa a los efectos de reconocimiento médico obligatorio. Por la empresa Prevensalud se emitió informe señalando "no apto temporalmente".

5º.- Por la empresa con fecha 20 de septiembre 2.013 se remitió comunicación en la que le informaba el desplazamiento temporal a fin de asignar servicios, en las oficinas de la empresa sita en la autovía de Logroño Km 7.600, Pol. Ind. Europa II, nave II, CP 50011 de Zaragoza.

6º.- De nuevo el demandante causó baja médica con fecha 2-10-13 siendo dado de alta médica con fecha 9-12-13. Reincorporado se le reconoció unos días de vacaciones.

7º.- La empresa con fecha 11-1-2-14, remitió comunicación al demandante a fin de que se presentara en sus oficinas al objeto de asignarle servicios.

8º.- Al demandante, no obstante, tales comunicaciones, no se le dio trabajo efectivo. El trabajador interesó en varias ocasiones su interés de que le asignaran servicios.

9º.- El demandante ha venido siendo asignado a los servicios de escolta, hasta el inicio del proceso de incapacidad temporal (20-10-11), C231; L 110; T214; T214S y T221 S.

10º.- El demandante reclamó las vacaciones del periodo en que estuvo en situación de incapacidad temporal lo que fue conocido por el Juzgado de lo Social nº 7, autos 837/2013, fijando como salario mensual del demandante la suma de 3.230,10 euros; (salario del mes anterior a la baja médica. Dicha sentencia fue confirmada por la Sala de lo Social del TSJ de la CA del País Vasco.

11º.- Se dan por reproducidas las nóminas del demandante en el periodo desde su incorporación después del proceso de incapacidad temporal (septiembre 2.013 al mes de abril del 2.014).

12º.- La empresa COVIAR mantenía hasta el 30-4-2014 un contrato con el Ministerio del Interior para la protección de personas en el País Vasco y Navarra. Ese contrato pasó a ser operado desde el 1-5-2014 por OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD SA (OMBUDS). Se da por reproducido los servicios adjudicados y que se encontraban prestando servicios por COVIAR, entre ellos no aparecen los servicios C231, L 110, T214, T214S y T221S.

13º.- El demandante con fecha 28 de abril 2.014, comunicación de fecha 25 de abril del 2.014 por parte de COVIAR manifestándole lo siguiente: «D. Erasmo , con D.N.I. NUM000 , en calidad de Apoderado de la Empresa Coviar S.L. con CIF B50158468 y Código de Cuenta de Cotización 50007973590 y secundaria 48108088169, domiciliada en, Autovía de Logroño, km 7.600, Poligono Europall 50011 de Zaragoza COMUNICA Por medio de la presente le informamos que, a partir del día 01/05/2014, el servicio de protección y seguridad de personas en el País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, del Ministerio del Interior, pasa a ser gestionado por la empresa de seguridad: OMBUDS BILBAO C/ Ribera de Axpe 50 (Erandio) Tif: 944 806 420/ fax: 944 316 509 Por lo que con esa misma fecha quedará subrogado a dicha empresa, de acuerdo a lo establecido en el Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, según se desprende de su artículo 14 , en el cual disfrutará de los mismos derechos y obligaciones de trabajo. Por nuestra parte en los plazos

legalmente establecidos tendrá a su disposición su correspondiente liquidación y finiquito. Sin otro particular, aprovecho la ocasión para saludarle muy atentamente.».

14°.- El demandante se personó en la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A., no subrogando esta al señalado trabajador.

15°.- El 28-4-2014 la empresa COVIAR remitió a OMBUDS la lista de personal que subrogar, afecto al contrato con el Ministerio. En la lista se encuentra el actor.

16°.- Resulta de aplicación el Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad.

17°.- El demandante no ostenta ni ha ostentado cargo de representación legal ni sindical alguno.

18°.- Se han celebrado los preceptivos actos de conciliación».

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, por las representaciones legales de la Compañía de Vigilancia Aragonesa, S.L. (COVIAR, S.L.) y de D. Nazario , se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior del País Vasco, dictó sentencia en fecha 24 de noviembre de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que estimamos parcialmente tanto el Recurso de Suplicación formulado por la empresa Compañía de Vigilancia Aragonesa SA, como por D. Nazario , contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Diez de los de Bilbao, de 17 de diciembre de 2014 , dictada en el procedimiento 403/2014; la cual debemos también revocar parcialmente y declaramos que el trabajador tiene igualmente derecho a percibir los salarios de tramitación devengados desde el 1 de mayo y hasta el 17 de diciembre de 2014, que suponen 19.505,64E y de los que debe responder Coviar; ratificando, por el contrario, el fallo de la resolución de instancia en sus restantes términos. Sin costas».

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por la representación legal de la Compañía de Vigilancia Aragonesa, S.L. (COVIAR, S.L.), se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 3 de marzo de 2014 (rec. 1906/2013).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado o subsidiariamente declarado procedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 13 de febrero de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión que plantea el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si en los supuestos regulados en el art. 32.1 LRJS en los que se produce una acumulación de procesos relativos a la extinción del contrato de trabajo, la sentencia de instancia que declara resuelta la relación laboral por alguna de las causas previstas en el art. 50.1 ET , así como la improcedencia del despido, además de condenar a la empresa al pago de la indemnización correspondiente, debe imponerle la obligación de abonar al trabajador los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectividad del despido hasta aquella en que se dicta la resolución judicial.

2. La sentencia recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior del País Vasco, de fecha 21 de noviembre de 2015 (rollo 2014/2015), previa estimación del recurso de suplicación interpuesto por el trabajador, revoca parcialmente la sentencia de instancia que estimando las demandas acumuladas había declarado extinguido su contrato de trabajo por falta de ocupación efectiva y la improcedencia del despido de que había sido objeto, y condena a la empresa al pago de la indemnización legal, imponiéndole, además, - la Sala - , la obligación de abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectos del despido hasta la fecha de la sentencia

del Juzgado de lo Social. Consta probado que el actor fue cesado por su empleador como consecuencia del cambio en la titularidad de la contrata a la que estaba adscrito mediante carta notificada el 28 de abril de 2014 y que anteriormente, con fundamento en la falta de ocupación efectiva, había instado la resolución de la relación.

3. La sentencia aportada como término de comparación, es la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de marzo de 2014 (rollo 1906/2013), que estudia y resuelve un supuesto sustancialmente idéntico al presente en que el trabajador planteó separadamente demandas de extinción del contrato del art. 50 ET y de despido que tras la acumulación de los respectivos procesos fueron estimadas por la sentencia de instancia que declaró extinguida la relación laboral a la fecha de la sentencia y la improcedencia del despido impugnado, condenando a la demandada a abonar al trabajador la indemnización correspondiente. El actor recurrió en suplicación solicitando el pago de los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la fecha de la sentencia que declaró extinguido el contrato, y la resolución alegada como referencial desestima el recurso razonando que las demandas acumuladas se presentaron con posterioridad a la entrada en vigor del RD-L 3/2012, de 10 de febrero, que eliminó los salarios de trámite para el caso de despido improcedente, sin que sea tampoco posible dar a la empresa la opción por haberse declarado extinguida la relación laboral a instancia del empleado. Consta acreditado que el trabajador fue despedido por causas objetivas con fecha 31 de mayo de 2012 y que anteriormente, con base en el impago y retraso en el abono de los salarios, había formulado acción resolutoria.

4. De la comparación de ambas resoluciones se ha de extraer la conclusión, coincidente con la expresada por el Ministerio Fiscal en su informe, de que en relación al concreto tema que se suscita en casación unificadora, la sentencia de contraste es contradictoria con la impugnada en los términos del art. 219 LRJS, pues examinándose en ella una pretensión similar, referida al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectividad del despido hasta la fecha de la sentencia de instancia, en los casos en que en ésta se declara la extinción de la relación laboral instada por el trabajador con anterioridad a su despido y la improcedencia de este último, llega a un pronunciamiento contrapuesto al de aquélla. Procede, por tanto, entrar en el fondo del asunto.

SEGUNDO. - Esta Sala IV del Tribunal Supremo, enjuiciando un supuesto similar al presente en el que se habían acumulado las demandas de extinción del contrato del art. 50 ET y de despido y la sentencia de instancia estimó ambas, ya ha unificado la doctrina respecto de la cuestión controvertida, por medio de la sentencia de 19 de julio de 2016 (rec 338/2015), en el sentido de que la empresa viene obligada al abono de los salarios debatidos como derivados de un contrato cuya resolución se ha instado y ha prosperado aunque que en el ínterin no haya habido ocupación efectiva.

A los argumentos contenidos en dicha resolución, a la que nos remitimos para evitar reiteraciones, cabe añadir que en casos como el enjuiciado en que el Juzgado de lo Social conoce de la demanda de extinción del contrato del art. 50 ET y de la acumulada de despido, y después de estimar la inicial, decretando la extinción de la relación laboral, examina y acoge la ulterior, declarando la improcedencia del despido, la efectividad de ambos pronunciamientos y su adecuada coherencia comporta, en lo que ahora interesa, una doble exigencia. En primer lugar, la eficacia constitutiva del pronunciamiento judicial de extinción del contrato por los incumplimientos cometidos por el empresario con anterioridad al despido debe determinar la obligación de pago de los salarios dejados de percibir por el trabajador hasta el momento en que el órgano judicial aprecia la existencia y gravedad de los incumplimientos alegados y declara extinguida la relación laboral por esa causa, sin que a ello sea óbice que en dicho período no haya existido prestación de servicios por una decisión empresarial calificada como no ajustada a derecho. Y, en segundo lugar, la declaración de extinción del contrato por tal causa impone que la calificación del despido como improcedente no permita el ejercicio del derecho de opción por parte de la empresa.

Esta solución no entra en contradicción con el art. 56.2 ET que circunscribe la obligación de pago de los salarios de tramitación derivados de la declaración de improcedencia del despido al

supuesto en que el empresario opte por la readmisión, pues en este caso no cabe esa alternativa y la decisión adoptada no encuentra fundamento en el citado precepto, pensado para la hipótesis de que el trabajador haya ejercitado únicamente la acción de despido, sino en los efectos derivados de la estimación de las demandas acumuladas de extinción del contrato por incumplimiento empresarial y de despido y a su necesaria acomodación. Entenderlo de manera distinta significaría privar prácticamente de eficacia jurídica al pronunciamiento estimatorio de la pretensión resolutoria deducida por el trabajador, de cuyas consecuencias quedaría exonerada la empresa en razón de una actuación unilateral e injustificada, lo que no resulta admisible.

TERCERO. - 1. Lo razonado en el fundamento precedente evidencia que es la sentencia impugnada a que contiene la buena doctrina. Procede en consecuencia, oído el Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso de casación interpuesto por la empresa.

2. Conforme a lo dispuesto en los arts. 228.3 y 235.1º LRJS, se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal y el mantenimiento del aval prestado en garantía del cumplimiento de la condena, así como la imposición de costas a la empresa recurrente.

FALLO

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

1. Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la Compañía de Vigilancia Aragonesa, S.L. (COVIAR, S.L.), representado por la procuradora D^a María Leceta Bilbao contra la sentencia dictada el 24 de noviembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación n° 2024/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social n° 10 de Bilbao , en autos n° 403/2014.

2. Declarar la firmeza de la sentencia recurrida.

3. Condenar al recurrente al pago de las costas y decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal.

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

Así se acuerda y firma.