



Roj: **STSJ AS 2989/2021 - ECLI:ES:TSJAS:2021:2989**

Id Cendoj: **33044340012021101983**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **19/10/2021**

Nº de Recurso: **1905/2021**

Nº de Resolución: **2094/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 02094/2021

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

Correo electrónico:

NIG: 33037 44 4 2020 0000695

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001905 /2021

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000685 /2020

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Amadeo

ABOGADO/A: MARGARITA GONZALEZ MARTINEZ

RECURRIDO/S D/ña: CONTRATAS NOVAK CAROL SL, CARVI INGENIERIA OBRAS SERVICIOS SL ,
INSTALACIONES ELECTRICAS VIGIL S.L. , MINISTERIO FISCAL

ABOGADO/A: ANGEL GARRIDO FERNANDEZ, ANGEL GARRIDO FERNANDEZ , ANGEL GARRIDO FERNANDEZ ,

SENTENCIA Nº 2094/21

En OVIEDO, a diecinueve de octubre de dos mil veintiuno.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos. Sres. D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ, Presidente, D^a. PALOMA GUTIERREZ CAMPOS y D^a. MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL



ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0001905/2021, formalizado por la Letrado D^a MARGARITA GONZALEZ MARTINEZ, en nombre y representación de Amadeo, contra la sentencia número 132/2021 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL de MIERES en los procedimientos de DESPIDO (685/2020) y CANTIDAD (686/2020), seguidos a instancia de Amadeo frente a las empresas CONTRATAS NOVAK CAROL SL, CARVI INGENIERIA OBRAS SERVICIOS SL, INSTALACIONES ELECTRICAS VIGIL SL y el MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. D^a **MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Amadeo presentó demanda contra las empresas CONTRATAS NOVAK CAROL SL, CARVI INGENIERIA OBRAS SERVICIOS SL, INSTALACIONES ELECTRICAS VIGIL SL y el MINISTERIO FISCAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 132/2021, de fecha veintiséis de marzo de dos mil veintiuno.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º) Instalaciones Eléctricas Vigil, S.L., se constituyó por escritura otorgada el 10 de abril de 1986 por Cristobal, Belarmino y Diego y por Edemiro.

Su objeto quedó constituido por "todo tipo de instalaciones eléctricas para cualesquiera clase de aplicaciones, así como la comercialización del material relacionado con la actividad, pudiendo también dedicarse a cualesquiera otro giro relacionado con el referido objeto, o cualesquiera otro ajeno de lícito comercio si así lo acuerda la Junta de Socios".

Quedó fijado su domicilio social en el nº 68 de la calle Manuel Llaneza de Mieres.

Se nombra en la escritura "administrado-gerente" a Cristobal.

Acredita esta empresa la vida laboral que obra a los folios 1.672 y 1.673.

Tiene concertada Instalaciones Eléctricas Vigil el servicio de Prevención con la empresa VALORA PREVENCION, al menos desde el año 2016.

2º) La sociedad limitada unipersonal "contratas NOVAK-CAROL" fue constituida el 19 de junio de 2012 por escritura otorgada por Diego. Su objeto está constituido por "el desarrollo de las actividades propias de la construcción inmobiliaria, entre ellas, la construcción completa, reparación y conservación de edificaciones y obras civiles; la albañilería y pequeños trabajos de construcción; la cesión de uso o el alquiler de bienes inmuebles de naturaleza rústica y urbana; la compraventa de terrenos para edificar o de edificaciones totales o parciales, se rehabiliten o no, en nombre y por cuenta propia, construidas directamente o por medio de terceros; la compraventa, en nombre y por cuenta propia, urbanización y parcelación de terrenos; demoliciones y derribos de edificaciones; consolidación y preparación de terrenos para la construcción de edificaciones".

Los estatutos fijaron su domicilio en el mismo que es propio del socio fundador sito en la CALLE000 nº NUM000 de Mieres.

El 6 de julio de 2012 es nombrado apoderado de dicha empresa Cristobal.

Acredita esta empresa la vida laboral que obra a los folios 1.674 y 1.675.

Tiene concertada CONTRATAS NOVAK el servicio de Prevención con la empresa VALORA PREVENCION, al menos desde el 1 de agosto de 2015.

3º) I-CARVI INGENIERIA OBRAS SERVICIOS es sociedad limitada constituida por escritura de 18 de febrero de 2014, en los términos que obran a los folios 1.599 a 1.607.

Su objeto social está constituido por "el desarrollo de las actividades propias de la construcción inmobiliaria, entre ellas, la construcción completa, reparación y conservación de edificaciones y obras civiles; la albañilería y pequeños trabajos de construcción; la cesión de uso o el alquiler de bienes inmuebles de naturaleza rústica y urbana; la compraventa de terrenos para edificar o de edificaciones totales o parciales, se rehabiliten o no, en nombre y por cuenta propia, construidas directamente o por medio de terceros; la compraventa, en nombre y por cuenta propia, urbanización y parcelación de terrenos; demoliciones y derribos de edificaciones;

consolidación y preparación de terrenos para la construcción de edificaciones. Instalaciones eléctricas y de sistemas de telecomunicaciones y seguridad, incluyendo igualmente las reparaciones y mantenimientos de instalaciones de todo tipo".

Se fijó su domicilio en Oviedo en la CALLE001 .

Es administradora de dicha sociedad Araceli .

4º) El 27 de junio de 2012 el administrador único de CONTRATAS NOVAK otorga poder en favor del actor Amadeo -quien fue socio y administrador de la empresa dedicada a la construcción denominada HUSOBER, que finalmente había causado quiebra- para representar a aquella sociedad en "todos los actos que sean necesarios, convenientes, preparatorios o derivados del objeto de actividades de la sociedad, en los términos que obran a los folios 2.495 a 2.497, que se dan por reproducidos.

En representación de CONTRATAS NOVAK suscribió el actor los documentos datados el 20 de enero de 2017 que, bajo la rúbrica de "resumen de certificación" y firmados por arquitecto, figuran a los folios 2.513 a 2.516, los que se dan por reproducidos; en la misma representación concertó el 18 de enero de 2016 contrato con LIBERBANK en los términos que obran a los folios 2.519 a 2.523 de autos; e igualmente el 18 de enero de 2019 contrato con PERALTE S.A. en los términos que obran al folio 2.524 de autos.

En nombre de CONTRATAS NOVAK suscribió igualmente los documentos relativos a relación de obras, presupuestos y obras ejecutadas en el año 2016, que obran a los folios 2.525 a 2.528.

Suscribió igualmente los documentos relativos a "relación de obras y currículum de empresarios" que obran a los folios 2.593 a 2.595.

5º) El 22 de mayo de 2014 el actor y la empresa CONTRATAS NOVAK conciertan contrato de trabajo a jornada parcial para la prestación de servicios como encargado de obras, nivel VI. En el mes de mayo de 2016 se transforma contrato a jornada completa.

6º) Desde el 27 de junio de 2012 el actor realizó las mismas funciones que fueron después objeto de contrato el 22 de mayo de 2014 para la prestación de servicios como encargado de obras por cuenta de la empresa CONTRATAS NOVAK.

7º) En el desarrollo de este contrato dirigía a los operarios a su cargo supervisando la corrección de los trabajos, decidía sobre la conformidad de materiales suministrados a la obra, controlando la cantidad y calidad de los mismos, organizando la ejecución de la obra, haciendo cumplir con las normas de seguridad en su desarrollo.

8º) Las anteriores tareas las realizaba el actor de modo indistinto por cuenta de las tres empresas demandadas, las cuales son dirigidas exclusivamente por Cristobal .

La empresa CONTRATAS NOVAK utiliza en el giro con terceros el domicilio sito en la CALLE000 , NUM001 de Mieres. Se vale del mismo teléfono que Instalaciones Eléctricas Vigil, cuyo personal administrativo sirve también para la cobertura de las gestiones propias de CONTRATAS NOVAK.

9º) Cristobal abonó el 26 de septiembre de 2012, por cuenta del demandante, cuota de amortización de la hipoteca que pesaba sobre inmueble de este último, en cuantía de 961 €.

A fecha 17 de febrero de 2021 el actor y su esposa Delfina mantenían una deuda por razón de préstamo hipotecario suscrito inicialmente con la Caja de Ahorros de Galicia, luego cedido a la entidad PROSIL ACQUISITION, S.A., por importe de 202.450,90 € (folios 2.637, vuelto y siguiente).

10º) Causa el actor baja de incapacidad temporal por enfermedad común el 29 de junio de 2020 con el diagnóstico de "nervios y ansiedad". Es alta el 23 de octubre de 2020.

Durante el proceso de incapacidad temporal le es recabado por la empresa el vehículo que había venido utilizando por cuenta de ella.

11º) Suscribió el actor las hojas de control horario correspondientes a los meses de mayo 2019 a abril de 2020, en los términos que obran 2.295 a 2.302.

12º) En comunicación datada el 6 de noviembre de 2020 CONTRATAS NOVAK notifica al actor su despido, con efectos de esa fecha, en los términos que obra al folio 1.410 de autos, que se por reproducido.

Percibía el actor un salario diario de 64,35 €, con inclusión de todos los conceptos.

13º) Concorre éste en la evaluación de riesgo que realiza la empresa VALORA PREVENCION S.L. el 30 de octubre de 2019, atinente a la empresa CONTRATAS NOVAK, donde figura como "administrador", en los términos que obran al folio 2.596 de autos.



14º) No ostenta ni ha ostentado cargo sindical o representativo alguno de los trabajadores.

15º) Presentó papeletas de conciliación ante la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación el 20 de noviembre de 2020, celebrándose los preceptivos actos conciliatorios el siguiente día 3 de diciembre con el resultado de intentados sin avenencia; tuvieron entrada escritos de demanda el 14 de diciembre de 2020, acordándose la acumulación de los mismos.

16º) En el acto de juicio la empresa manifestó opción por la indemnización en caso de calificación de improcedencia del despido.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimando en parte las demandas deducidas por Amadeo contra las empresas INSTALACIONES ELECTRICAS VIGIL S.L., CONTRATAS NOVAK-CAROL S.L. y I-CARVI INGENIERIA OBRAS SERVICIOS S.L., debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO de que fue objeto el actor, condenando a las demandadas a pasar por esta declaración, y teniendo por hecha la opción por la indemnización, a que solidariamente abonen al actor la cantidad de 17.873,21 € ; desestimando la acción de nulidad así como la indemnizatoria que se deduce en la demanda primeramente formulada, absolviendo a los demandados de tales pretensiones; y desestimando igualmente la acción de cantidad acumulada, debo declarar y declaro no haber lugar a la misma, absolviendo a los interpelados de los pedimentos formulados en su contra".

Con fecha 23 de abril de 2021 se dictó Auto denegando la aclaración solicitada por la parte actora.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Amadeo formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 23 de julio de 2021.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 7 de octubre de 2021 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El trabajador accionante presentó demanda de despido para impugnar la decisión extintiva acordada el 6 de noviembre de 2020 por la mercantil Contratas Novak-Carol SL, solicitando que se declare: la existencia de un grupo de empresas entre las codemandadas; el inicio de la relación laboral el 19 de junio de 2012; la nulidad del despido, o su subsidiaria improcedencia, con abono en ambos casos de una indemnización por daños de 202.450 € y 90 céntimos, y el pago de las costas por mala fe y temeridad. En la misma fecha, formuló demanda frente a los mismos codemandados para pedir el abono de 35.130,88 € en concepto de diferencias salariales, el reconocimiento de la categoría profesional de titulado Nivel II grupo VII , y el abono de las costas.

El conocimiento de ambas correspondió al Juzgado de lo Social de Mieres donde, una vez acumuladas, el 26 de marzo del presente año recayó sentencia parcialmente estimatoria que declaró la existencia de grupo empresarial y la improcedencia del despido, condenando solidariamente a las codemandadas, que habían optado por indemnizar, al abono de 17.873,21 euros, y absolviéndolas de las restantes pretensiones

Frente al pronunciamiento judicial se alza en suplicación el trabajador con motivos amparados en los apartados b) y c) del art. 193 de la Ley reguladora de la jurisdicción social , que sustentan sus pedimentos dirigidos a obtener superior importe indemnizatorio por la declaración de improcedencia del despido, el abono de una indemnización adicional por daños y perjuicios en la suma de 202.450 € y 90 céntimos, y el de la cantidad acumulada por funciones de superior categoría en importe de 35.130,88 € , más el interés por mora del 10%.

Las mercantiles codemandadas impugnan el recurso y se oponen a cuanto en el mismo se plantea, pidiendo la confirmación del fallo.

SEGUNDO.- El recurso comienza con un epígrafe formulado por el cauce procesal del art. 193 b) LJS, que propone cuatro enmiendas o modificaciones del relato de hechos probados de la sentencia.

Antes de dar respuesta individualizada a cada petición, es conveniente recordar la doctrina general que, respecto de los artículos 193 b) y 196.3 de la LJS, viene estableciendo el Tribunal Supremo, Sala Cuarta, en sus sentencias de 12 de septiembre de 2016 (Rec. 42/2015) y 24 de septiembre de 2015 (Rec. 309/2014), entre otras muchas, señalando: a) que el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única -que no grado-, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud - Art. 97.2 de



la LRJS- únicamente al juzgador de instancia (...), por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica, y que la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error se desprenda de manera evidente de documentos idóneos para tal fin, pero rechazando que ello pueda conducir a negar las facultades de valoración que corresponden al Tribunal de instancia, únicamente fiscalizables si no se han ejercido conforme a las reglas de la sana crítica [recientes, SSTS 02/07/14 -rco 241/13-; 16/09/14 -rco 251/13-; y 15/09/14 -rco 167/13-); b) que expresamente ha de rechazarse la formulación del motivo revisor cuando con ella se pretende que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba [obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida], como si el presente recurso no fuera el extraordinario (...) sino el ordinario de apelación (SSTS 03/05/01 -rco 2080/00-; [...] 08/07/14 -rco 282/13-; y SG 22/12/14 -rco 185/14 -); y c) que los documentos al efecto invocados «deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable», hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa (próximas, SSTS 15/09/14 -rco 167/13-; 16/09/14 -rco 251/13-; y SG 18/07/14-rco 11/13-)".

TERCERO.- Sin perder de vista estas pautas pasamos a analizar las concretas variaciones postuladas.

A.- Solicita en primer lugar la modificación del hecho probado duodécimo para sustituir la cuantía del salario día, por la de 94,21 €.

Cita como avales probatorios la tabla salarial del año 2020 para el sector de la construcción y los documentos número 1 de las demandas, consistentes en las últimas nóminas del periodo comprendido entre mayo y octubre de 2020.

Alega que se trata de un dato trascendente para el cálculo de la indemnización prevista para la declaración de improcedencia del despido.

La petición debe desestimarse.

Los cambios en el relato fáctico han de fundarse en documentos de decisivo valor probatorio o en pruebas periciales de incuestionada calidad científica o técnica, no desautorizados por otros medios probatorios de igual eficacia y que de forma directa, diáfana e indudable pongan de manifiesto el error de la sentencia de instancia. La condición de documento es insuficiente para justificar una modificación; es imprescindible que cuenten con garantías objetivas sobre la correspondencia de su contenido con la realidad a la que se refieren.

Los medios de prueba a los que las partes aluden, muestran que la retribución del trabajador fue objeto de actividad probatoria en el plenario, sobre la que el Juzgador de instancia pudo ejercer sus facultades valorativas. Y el recurso no justifica cumplidamente que los recibos de salario de un concreto periodo, en el que además estuvo en situación de incapacidad temporal, desautoricen el relato judicial.

B.- Considerando incompletos los ordinales tercero y séptimo, propone su ampliación en los siguientes términos:

3º: "Sin embargo la actividad de las empresas demandadas, en cuanto a la desarrollada por el actor, se circunscribía a la ejecución de obras menores".

7º: "Además realiza funciones de representación de las empresas para las que trabaja, tan amplias, que son más propias de las funciones de dirección, que las de mero encargado de obra. No constanding además aportación por parte de la empresa del organigrama de la misma".

Apoya ambas solicitudes en numerosos documentos (algunos comunes a las dos) unidos a los folios de las actuaciones que detalla en el escrito, y defiende que son datos decisivos para acreditar la realización por el trabajador de funciones de dirección o, en todo caso, superiores a las de un mero encargado de obra.

Varias son las razones que abocan al fracaso de sus pretensiones.

De antemano, la revisión de la versión histórica de una Sentencia no permite ni faculta al Tribunal "ad quem" a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la totalidad de la prueba practicada, como pretende la parte cuando invoca un elevado número de documentos la mayoría sin la aptitud imprescindible para desautorizar el relato de la Juzgadora de instancia, que es a quien corresponde determinar de entre el material probatorio practicado el que considere más atinado objetivamente o de superior valor (art. 97.2 LJS), y cuya percepción no cabe sustituir por el juicio valorativo personal e interesado de quien es parte en el proceso.

Por lo demás, los textos postulados no contienen datos fácticos, únicos a consignar en el relato de hechos probados, sino apreciaciones o conclusiones puramente subjetivas sobre los extremos efectivamente acreditados, que no tienen cabida en el cauce procesal habilitado en el art. 193 b) LJS.



C.- Él último intento revisor afecta al ordinal sexto del relato fáctico y se dirige a incorporar lo que a continuación se expone:

"No constando el abono de retribuciones, en el periodo comprendido entre el 27 de junio de 2012 al 22 de mayo de 2014".

Señala que al tratarse de una prueba diabólica no es posible demostrar el no abono de las retribuciones, pero entiende que la enmienda resulta relevante a los efectos de la posible fijación de una indemnización de daños y perjuicios.

El fracaso de esta petición resulta inexorable.

No se cita aval probatorio, y la formulación en sentido negativo ya descarta la posibilidad de su acceso al relato de hechos probados.

CUARTO.- El cauce procesal establecido en el art. 193 c) LJS sirve al trabajador demandante para formular dos motivos de crítica jurídica de la resolución del Juzgado.

En el inicial, referido a la movilidad funcional y reclamación de diferencias salariales, denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 39 (apartados 3 y 4) del Estatuto de los Trabajadores y jurisprudencia relacionada [sentencias TS de 17 de julio de 2018 (Rec. 2.672/2017) y 3 de marzo de 2021 (Rec. 1.858/2020) entre otras].

Partiendo del éxito de los previos intentos revisores argumenta, en síntesis, que el Juzgador desestima la categoría y la reclamación de cantidad derivada, basándose en que las funciones de dicha categoría, exigen una titulación universitaria de la que el actor carece. Pero comete un error (denunciado en el motivo primero), porque las funciones efectivamente realizadas no exigen titulación específica, al tratarse de trabajos realizados en obras menores que no están sujetas a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que exige dicha titulación. A mayor abundamiento, en aplicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018 (Rec. 2.672/2017) utilizada por el órgano de instancia, la carencia de la titulación no impide la retribución superior.

Además, no se han tenido en cuenta las funciones reseñadas en el motivo primero del recurso que figuran en la documental aportada por las propias mercantiles demandadas, claramente demostrativas de que el actor realizaba funciones de director, jefe y encargado.

La censura está condenada al fracaso si consideramos que, como ya afirmó el Tribunal Supremo en sus antiguas sentencias de 6 de diciembre de 1979 y 10 de mayo de 1980 y continúa sosteniendo en otras más recientes - por todas la dictada el 28-3-12 (Rec. 119/2010 Unificación de Doctrina)- no puede prosperar la revisión en derecho de la sentencia de instancia, cuando no se hayan alterado los presupuestos de hecho que en la resolución combatida se constatan, y entre una y otra dimensión exista una íntima correlación o, dicho de otro modo, no es factible tal revisión jurídica cuando no se haya variado la relación fáctica de la causa a que aquella se halla subordinada.

En el concreto supuesto que ahora nos ocupa, no han sido desvirtuadas las premisas en que el juzgador sustenta el rechazo de las pretensiones dirigidas a obtener un encuadramiento profesional correspondiente a titulado superior-medio, y las diferencias retributivas derivadas del desempeño de las funciones correspondientes.

El actor no ha acreditado estar en posesión de titulación universitaria, habilitación imprescindible para el encuadramiento profesional que postulaba en la demanda, correspondiente a titulado superior-medio, nivel II, grupo 7 del Convenio Colectivo de la Construcción.

Ciertamente, según la doctrina del Tribunal Supremo sobre la incidencia de la exigencia de titulación en orden al reconocimiento de diferencias salariales por la realización de trabajos de superior categoría que recuerda la sentencia de 17 de julio de 2018 (Rec. 2.672/2017), la carencia de la titulación convencionalmente prescrita impide el reconocimiento de la categoría profesional superior al trabajador que realiza las funciones inherentes a la misma, sin que puede privarle de la percepción de las retribuciones correspondientes.

Pero el Magistrado de instancia, una vez valorada la prueba (documental y testifical), concluye de manera tajante: "... Además no se ha acreditado en modo alguno la material realización de las competencias laborales de la categoría de titulado superior-medio, nivel II, grupo 7, que sirve a la demanda para postular la acción de cantidad que acumula a la de despido. Y ello como es lógico respecto de tareas de alta cualificación y especialización reservadas para quien ostente la titulación de arquitecto o ingeniero, superior o técnico ...". Y añade más adelante: "en resolución, no quedan acreditadas otras funciones que las propias de la categoría profesional de encargado de obra, tal vienen definidas de acuerdo al Convenio ...".



Faltando el adecuado soporte de hecho que permita entrar en el análisis de las pretendidas infracciones normativas procede, sin necesidad de ulteriores consideraciones, rechazar el motivo.

QUINTO.- En el último epígrafe del recurso se denuncia infracción de los arts. 4, 9.1 y 10 del Convenio 158 de la OIT de fecha 22 de Junio de 1982 sobre Terminación de la relación contractual a instancias del empleador; artículo 183.3 LJS, y artículos 1.124 y 1.101 del Código Civil sobre compatibilidad de la indemnización legal tasada por despido improcedente y la indemnización de daños y perjuicios.

Alega quien recurre que se ha llevado a cabo un despido totalmente injusto, del que era concedora la empresa, en lo que podría considerarse un fraude de ley, y que en este caso resulta aplicable el Convenio precitado que entró en vigor el 26 de abril de 1986, cuyo art. 10 dispone: "Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada".

Además, el art.24 de la Carta Social Europea establece que todos los trabajadores tienen derecho a protección en caso de despido y que, a tal fin, las partes se comprometen a reconocer el derecho de los despedidos sin motivo válido a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.

En el mismo sentido, se pronunció el Comité Europeo de Derechos Sociales en su decisión de 11 de setiembre de 2019, y las sentencias de 24 de febrero de 2020 y 27 de marzo de 2020 del Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid.

Por otro lado, el artículo 1.124 del Código Civil, permite que, con independencia del cumplimiento de la prestación in natura (readmisión) o por equivalente (indemnización legal tasada), pueda exigirse una indemnización por daños y perjuicios.

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que el artículo 183.3 LJS admite el reconocimiento de dos indemnizaciones que responderían a dos bienes jurídicos diferenciados.

Además, como el propio Tribunal Supremo sostiene que debe acudir al Código Civil para suplir las lagunas del Derecho del Trabajo, es lógico afirmar que debe recurrirse a los arts. 1.124 y 1.101 del CC. Y en este sentido, el despido sin causa describe un incumplimiento empresarial imputable subsumible en el artículo 1.124 del CC que justifica una compensación de daños y perjuicios adicional más, cuando como en este caso, existe la particularidad de que el trabajador estuvo dos años trabajando sin remuneración y sin cotización (hecho probado nº 6), en un claro enriquecimiento injusto por parte de la parte empleadora.

Los daños y perjuicios reclamados se cifraron en la cantidad de 202.450,90 €, perjuicios ocasionados al trabajador por la ausencia de abono de retribución entre los años 2012 (inicio probado en hecho nº 6 de la resolución recurrida), y la efectiva contratación en el año 2014.

Como quedó acreditado en el hecho probado nº 9 de la sentencia recurrida, " Cristobal abonó el 26 de septiembre de 2012, por cuenta del demandante, cuota de amortización de la hipoteca que pesaba sobre inmueble de este último, en cuantía de 961€". Tal hecho y la ausencia de pago de retribución en los restantes meses de esos dos años en los que estuvo el actor sin contratar ni cotizar, acreditarían el compromiso de pago de la hipoteca por D. Cristobal, claro está en nombre de las codemandadas. Compromiso incumplido porque no solo se dejaron de abonar las cuotas hipotecarias provocando la resolución del contrato por la entidad financiera, sino que no se le retribuyó de ninguna manera.

No se puede negar la existencia de unos daños morales (el actor sabedor de que va a perder su vivienda, tiene episodios de crisis nerviosas y tiene que pedir la baja, hecho probado nº 10); daños morales que hemos incluido en dicha indemnización, cuando el despido lógicamente ha repercutido en la estabilidad laboral y psicológica del trabajador.

La indemnización reclamada cubre los daños y perjuicios ocasionados por la conducta absolutamente grave de la parte empleadora, pero el órgano jurisdiccional, puede moderar el quantum indemnizatorio, o aplicar subsidiariamente la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) a los efectos de cuantificar dicha indemnización.

La cuestión de la indemnización adicional ha sido resuelta en nuestras sentencias de fecha 13 de julio (recurso 1.389/2021) y 27 de julio de 2021 (recurso 1.574/2021) señalando:

"... Invoca el recurrente la no aplicación de la Carta Social Europea de 1961 y el artículo 24 de la Carta Social Europea Revisada, sí como del artículo 10 del Convenio 158 de la OIT pues el artículo 56 ET constriñe las



consecuencias del despido improcedente a la readmisión o indemnización tasada, sin indemnización adicional por daños morales más allá de la pérdida del empleo.

En supuestos de flagrante actuación ilegal, que incide en la persona de un trabajador, como el despido de que tratamos, ha de cuestionarse la compatibilidad del artículo 56 ET con el 1.101 CC que proclama el resarcimiento total de todos los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual.

Establecer la indemnización adicional por daños y perjuicios, aun manteniendo un pronunciamiento de improcedencia del despido como el que contiene la sentencia, no entra en colisión con el pronunciamiento que contiene el 1.101 CC en cuanto al resarcimiento total del daño causado que va más allá, en supuestos como el que nos ocupa, de la indemnización por la pérdida del trabajo cuando se opta por la extinción, y naturalmente de los salarios dejados de percibir cuando se opta por la readmisión como ha sucedido en el supuesto que nos ocupa en el que la empresa se ha aquietado al pronunciamiento de improcedencia del despido.

Con igual fundamento, procede publicar la sentencia en dos medios de comunicación escrita en los términos interesados en justo resarcimiento de las publicaciones fundadas en el despido, que han irrogado un sufrimiento imposible de compensar.

SEXTO.- El artículo 1.101 CC que se invoca, referente a la culpa contractual civil, tiene una conexión intrínseca con la naturaleza jurídica del contrato cuya infracción se aduce.

El contrato de trabajo es, por una parte, un contrato más de los que en el tráfico social concurren, pero además es un contrato específico que se regula por normativa propia y sólo en su defecto entra en juego la subsidiaria ordinaria civil.

Las consecuencias indemnizatorias de una extinción unilateral de contrato de trabajo improcedente, decidida por el empleador sin anuencia del trabajador, se regulan en este específico contrato -el laboral- bajo la normativa propia del despido improcedente en cuyo instituto jurídico se condensan, con sus normas procesales, sus plazos de caducidad y sus preceptos sustantivos, las consecuencias jurídicas indemnizatorias de la improcedencia de la ruptura contractual indebida.

No cabe, por tanto, postular resultados indemnizatorios de un despido de forma diversa a la que la ley tasa y, en consecuencia, no le resulta de aplicación a la extinción contractual improcedente un precepto genérico al existir uno específico - el artículo 56 ET - que pospone la aplicabilidad del invocado.

Al no apreciarse la vulneración de derecho fundamental, no puede tener éxito la pretensión de indemnización que no puede anudarse a la declaración de improcedencia efectuada en la resolución de instancia, sin perjuicio de las acciones que a través del oportuno procedimiento pudieran ejercitarse al respecto, pues a tenor del artículo 26 LJS, la acción de despido no es acumulable, salvo las excepciones previstas en dicho precepto.

Pero es que a mayor abundamiento, si del despido improcedente se deriva la opción del pago de una indemnización compensatoria, su origen se encuentra, o bien en la imposibilidad de readmitir o en la voluntad del empresario, pero siempre en la necesidad de reparar los daños y perjuicios.

La ley establece por la pérdida del puesto de trabajo por causa ilegal una reparación del daño, con carácter objetivo, sin conexión real directa con el efectivo perjuicio producido, con independencia de la cuantía real de los perjuicios, pero también sin necesidad de probar su existencia, presumiéndose que el daño siempre se produce, tanto en el campo laboral o profesional, como de orden afectivo-inmaterial o de orden moral (STS 29-1-97).

La finalidad de la indemnización es sustituir la readmisión truncada, mutando la obligación de readmitir por una indemnización de daños y perjuicios legalmente tasada (SSTC 61/1992 de 23 de abril de 1992) y ello porque toda extinción del contrato de trabajo por decisión del empresario siempre da lugar a unos perjuicios (STC 103/1990 de 4 de junio de 1990)".

Razones de seguridad jurídica y la inexistencia de argumentos que desautoricen los fundamentos de esas resoluciones, conducen a mantener el mismo criterio.

Por lo demás, los alegatos del trabajador para obtener la indemnización adicional parten de una versión subjetiva carente de respaldo fáctico y diametralmente opuesta a la de la sentencia, que con indudable valor de hecho probado señala lo siguiente:

"... el parte de baja expedido bajo calificación de contingencia común no revisada, lo fue por diagnóstico de "nervios y ansiedad", cuya vinculación con factor laboral no consta en modo alguno.

La confusión de demanda aumenta cuando al construir su petición subsidiaria excluyente de la violación de derechos fundamentales, esto es, la mera improcedencia, mantiene, no obstante, la misma y exacta petición indemnizatoria construida renglones antes exclusivamente sobre la vulneración de derecho fundamental.



Además, este indefectible daño que habría de producirse mediando o no violación de derecho fundamental, se subsume no congruentemente bajo la idea de perjuicio o daño, cuando en realidad la demanda no oculta su puro carácter salarial: según se dice, el pago mensual de las cuotas hipotecarias fue pactado a "cambio de su trabajo", se afirma en el hecho segundo de demanda, folio tercero de autos. Que no es daño si no salario (art.26 ET) débito sujeto a su régimen propio (entre otros extremos el que marca el art.59 ET), lo reitera la parte actora en sus conclusiones al caracterizarlo como "retribución".

Con independencia de lo anterior, no se logra prueba alguna que remotamente apunte a la existencia de un pacto -se insiste de naturaleza retributiva, salarial- en virtud del cual Cristobal -que no ha sido demandado- hubiera asumido el abono de las cuotas hipotecarias que finalmente desembocan en una cuantiosa ejecución, la cual, desde luego no hubo de permanecer desconocida a lo largo de estos años por el demandante, quien en el acto del juicio renunció a la práctica de la prueba de interrogatorio de los tres representantes de las sociedades demandadas que había previamente interesado...".

En atención a lo expuesto, procede rechazar la censura jurídica y mantener en su integridad el pronunciamiento de instancia.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Amadeo contra la sentencia del Juzgado de lo Social de Mieres, dictada en los autos seguidos a su instancia contra las empresas CONTRATAS NOVAK CAROL SL, CARVI INGENIERIA OBRAS SERVICIOS SL, INSTALACIONES ELECTRICAS VIGIL SL y el MINISTERIO FISCAL, sobre Despido y Cantidad y en consecuencia , confirmamos la resolución impugnada.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercebimientos en él contenidos.

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que:** fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones al Sr./Sra. Letrado/a de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.