

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Social, Sentencia 197/2012 de 26 Ene. 2012, Rec. 2901/2011

Ponente: Terrón Montero, Juan Carlos

Ponente: Terrón Montero, Juan Carlos.

LA LEY 35082/2012

ECLI: ES:TSJAND:2012:741

DESPIDO. Excepción de incompetencia de jurisdicción por falta de acción ante la inexistencia de relación de naturaleza laboral. Doctrina jurisprudencial sobre la simultaneidad de la cuadrlidad de socio y órgano societario con la de trabajador. Titular de un tercio del capital social de la empresa y administrador mancomunado junto con los dos otros dos socios, prestando todos ellos servicios en la mima impartiendo y recibiendo ordenes recíprocamente.

El TSJ Andalucía desestima recurso de suplicación interpuesto frente a sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Motril y confirma la excepción de falta de acción por inexistencia de relación laboral.

**A Favor: EMPRESA.
En Contra: TRABAJADOR.**

En la ciudad de Granada a Veintiseis de enero de dos mil doce.

1

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
CON SEDE EN GRANADA
SALA DE LO SOCIAL**

M.N.

SENT. NÚM. 197/12

SECCIÓN 2ª

ILTMO. SR.D.JOSE Mª CAPILLA RUIZ COELLO

ILTMO. SR.D. JUAN CARLOS TERRÓN MONTERO

ILTMO. SR.D. RAFAEL PUYA JIMÉNEZ

ILTMO. SR. D. JULIO ENRÍQUEZ BRONCANO

MAGISTRADOS

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se indican, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. **2901/11** , interpuesto por Simón contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Uno de los de Motril en fecha Veintiocho de Septiembre de dos mil once . en Autos núm. **697/11** , ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. JUAN CARLOS TERRÓN MONTERO** .

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por Simón en reclamación sobre DESPIDO contra TALLERES SALOBREÑA S.L. y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó sentencia en fecha Veintiocho de Septiembre de dos mil once ., por la que desestimando la demanda interpuesta por D. Simón contra la empresa TALLERES SALOBREÑA, S.L., debo absolver y absuelvo a ésta de los pedimentos formulados en su contra.

Segundo.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- La empresa demandada, Talleres Salobreña, S.L., se constituyó el día 1-12-1998, por D. Luis Miguel , su hermano, D. Carlos Miguel y el demandante, cuñado de los anteriores, D. Simón . El objeto social de dicha sociedad consiste en la reparación de vehículos automóviles, motos y bicicletas, servicio de grúa, comercio al por menor de vehículos automóviles, motos y bicicletas y toda clase de accesorios y repuestos. Esta sociedad se constituyó con un capital social de 510.000 pesetas, aportándose 170.000 por cada uno de los socios fundadores. Por unanimidad los tres socios se constituyen en Junta General, Universal y Extraordinaria y se nombran administradores mancomunados de la misma (según escritura pública aportada a los autos).

SEGUNDO.- **El día 15-4-2010 el actor inicia un proceso de IT por "reacción a estrés agudo", causando alta médica el día 4-1- 2011. El mismo viene sufriendo episodios depresivos (doc. nº 12 y 13 parte actora y nº 1 demandada).**

TERCERO.- D. Luis Miguel y D. Carlos Miguel comunican mediante carta fechada el día 14 de junio de 2011 al actor que, a la recepción de la misma, quedaba despedido de la empresa Talleres Salobreña, S.L., " *por haber faltado a la asistencia a su puesto de trabajo desde el día 14 de enero del presente año hasta entonces, sin que concurra causa legal que lo impida*". (obra al folio 4 de los autos).

CUARTO.- **Los tres socios de la demandada prestaban servicios en la misma, impartiendo y recibiendo órdenes recíprocamente (según declaración del propio actor y de su hijo, D. Constancio , testigo).**

QUINTO.- **En el periodo de tiempo que transcurre desde la emisión de la meritada alta médica y el día 14 de junio de 2010, el actor no ha prestado, recibiendo 1.200 euros mensuales servicios (hecho incontrovertido).**

SEXTO.- **Desde el día 1-1-1999 el actor aparece en alta en la Tesorería General de la Seguridad Social como trabajador autónomo.**

SÉPTIMO.- **Se ha cumplido el trámite de conciliación extrajudicial ante el CMAC.**

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por Simón , recurso que posteriormente formalizó, siendo en su momento impugnado por el contrario. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente, para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Recurre la parte actora la sentencia de instancia que desestima la acción por el mismo ejercitada en materia de despido, siendo dicho recurso impugnado por la parte demanda.

En un primer motivo y con fundamento en el art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral , se invoca infringido el art. 85, apartados 2 y 5 de la LPL , por errónea interpretación de la Juzgadora.

La cuestión ahora planteada tiene su origen en el hecho de que la sentencia de instancia desestima la demanda al entender que no existe una relación de trabajo, es decir, laboral, entre el actor y los demandados, lo que comporta que no pueda hacerse un pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, porque, aun cuando no se recoja expresamente, ella es ajena a la Jurisdicción laboral y por tanto nos encontramos ante la excepción de incompetencia de jurisdicción, y así lo entiende la parte recurrente al alegar indefensión por haber sido acogida dicha excepción de oficio, en base a que "no se alega excepción de INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN que hubiera sido lo procedente de haber considerado la demandada que no exista relación laboral entre las partes", y a ello habrá que dar respuesta recordando que, "siendo tema de competencia jurisdiccional, debía ser abordado por la Sala de oficio" (TS S 26 de septiembre de 2008). En cualquier caso, ello ninguna indefensión causa a la parte, ya que el actor tiene que probar los hechos constitutivos de su derecho y el primero de ellos, cuando se ejercita una acción sobre despido es la existencia de una relación de naturaleza laboral. ,

Ello impide estimar el presente motivo del recurso sobre la supuesta indefensión al haberse acogido de oficio la excepción de falta de competencia.

SEGUNDO.- Con fundamento en el art. 191.b) de la LPL , se interesa la supresión del texto del Hecho Probado Cuarto, para en su lugar incorporar un nuevo texto, en base a la propia demanda, folio 2 de los Autos, que diga:

"El actor ha prestado servicios por cuenta de la demandada, a jornada completa, con antigüedad de 1-1-1999, categoría profesional de administrador y salario ultimo de 1.200 euros mensuales".

El motivo debe ser rechazado, ya que el recurrente no cita los documentos que, obrantes en la causa, contienen la prueba documental o pericial que han de evidenciar, por si, la equivocación del Juzgador, careciendo de tal condición el escrito de demanda.

TERCERO.- igualmente se solicita la revisión del Hecho Probado Quinto, en base al folio 4 de los autos. Petición que se lleva a cabo a los efectos de rectificar el año consignado en el indicado hecho probado, siendo la corrección "En el periodo de tiempo que transcurre desde la omisión de la mentada alta y el día 14 de junio de 2011, el actor no ha prestado servicios, recibiendo 1.200 euros mensuales".

El motivo debe ser acogido por cuanto corrige el error consignado, según resulta de la carta que le es remitida desde la empresa.

CUARTO.- En lo que hace al derecho aplicado se denuncia, al amparo del apartado c) del art. 191 de la LPL , la infracción del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores que determina la aplicación de dicha norma a los trabajadores que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

El tema objeto de debate se centra en determinar la naturaleza de la relación que vincula al actor con la entidad demandada y en concreto si la misma puede catalogarse como laboral, desvirtuando ello el pronunciamiento de instancia que, sobre la base de su negación, concluía apreciando implícitamente la incompetencia del Orden Jurisdiccional Social para conocer de la demanda de despido ejercitada. Tal y como de forma unánime se viene manteniendo por la doctrina y jurisprudencia, con sustento en el contenido de los arts. 1 y 8 del E.T ., para que pueda apreciarse la existencia de una relación de carácter laboral es preciso la concurrencia de una serie de requisitos mínimos entre las diversas partes que pudiesen conformar el aspecto personal de la misma, cuales son la voluntariedad en la prestación de los servicios, el carácter retribuido de los mismos, la ajenidad, la dependencia y la ubicación del que los lleva a cabo dentro del ámbito rector y organicista del empresario.

Como factores de hecho relevantes en la resolución que ahora se examina, cabe destacar que el accionante es titular de un tercio del capital social de la empresa demandada y administrador mancomunado junto con los otros dos socios, prestando todos ellos servicios en la misma, impartiendo y recibiendo ordenes recíprocamente percibiendo una retribución fija mensual de 1.200 euros.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de setiembre de 2003 , es "doctrina de la Sala, contenida en las sentencias de 14 y 19 de octubre de 1994 , 18 de marzo , 14 y 20 de octubre de 1998 (Sala General) y 30 de abril de 2001 . En estas sentencias se analizaba la concurrencia de las notas de dependencia y ajenidad en la relación de los trabajadores con la empresa, en supuestos como el de autos, necesarios para la existencia de la responsabilidad sentando la siguiente doctrina:

"La dependencia -entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, ni intensa a la esfera organicista y rectora de la empresa-, y la ajenidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato. La presencia en el supuesto litigioso de ambos elementos configuradores y delimitadores de la relación laboral, se afirma en el ""factum"" de la sentencia recurrida y se reafirma en su Fundamentación Jurídica. Y esta realidad negocial -ajena a cualquier apariencia o simulación, que tratare de encubrir un propósito distinto- aparece desde la misma fecha de constitución de la Sociedad Anónima -año 1985- de la que los actores, son socios y trabajadores. Mantener que, una sociedad mercantil constituida sólo por trabajadores, que, a su vez, tienen -cada uno de ellos- una participación mínima e igual en el capital social, lo que les impide, controlar individualmente la sociedad -y con la cautela, además, de que las facultades de gestión les son otorgadas mancomunadamente-, únicamente puede dar cobertura a relaciones jurídicas mercantiles y no laborales, ignorando la existencia de trabajadores que pueden asumir la doble función, es desconocer la realidad de las cosas.

Como afirma el Ministerio Fiscal "la doble condición de administradores-trabajadores de los actores... no afecta al carácter laboral del vínculo, en la medida en que son perfectamente predicables los presupuestos configuradores de la relación laboral del artículo 1 ", y "el hecho de que ninguno de los socios ostente posición mayoritaria y los poderes sean mancomunados, coadyuvan a la concurrencia de dependencia y ajenidad". Existe, pues, en el caso examinado -y al margen de la relación societaria- un verdadero contrato de trabajo, en el que se ha establecido un intercambio de prestaciones entre la sociedad - acreedora de trabajo y deudor de remuneración- y el trabajador-socio -deudor de trabajo y acreedor de remuneración- en régimen de ajeneidad. No es ocioso señalar, en relación a este último requisito, que la regla general sentada por esta Sala, es que prevalece el carácter de ajeneidad cuando el administrador societario no es titular del 50% de las acciones (STS de 29 y 30 de enero de 1997).

Esta compatibilidad entre relación laboral y relación societaria ha sido ya sentada reiteradamente por esta Sala. Así, la sentencia de 14 de junio de 1994 (dictada en materia de prestación por desempleo) declaró que "Una participación de alrededor del 10% en la sociedad titular de la empresa no desvirtúa la nota de ajenidad en los servicios prestados a una sociedad anónima de propiedad familiar" y que "que la pertenencia de la actora (por cierto tiempo, y no subsistente en el momento del cese en el trabajo) al consejo de administración de la sociedad titular de la empresa no es obstáculo, según la interpretación jurisprudencial del art. 1.3.c. del ET (STS 15 febrero 1990), al reconocimiento de una relación laboral común desarrollada simultáneamente con dicha sociedad".

En el mismo sentido, la sentencia de 19 de octubre de 1994 (dictada, también, sobre desempleo), -relativa a un supuesto de sociedad de responsabilidad limitada cuyos únicos socios eran los padres del actor y dos de sus hijos, poseyendo el demandante un 20% del capital y habiéndosele extinguido

su relación con la empleadora en virtud de expediente de regulación de empleo-, declaró que "el art. 3-1 de la Ley 31/84 ... establece que están protegidas por desempleo los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el RGSS requisitos que concurren en el actor; previamente a la extinción de la relación del mismo con la Empresa... S.L., se tramitó... expediente de regulación de empleo... en donde se autorizó rescindir las relaciones laborales con cuatro trabajadores declarándolos en situación de desempleo con efectos del día siguiente; si en virtud de dicha autorización se extinguió la relación laboral del actor, calificándola como relación laboral por cuenta ajena, resolución firme, no cabe que con posterioridad, el INEM deniegue la prestación cuando el trabajador la solicita, negando su condición de trabajador por cuenta ajena". Doctrina que, en parte, se reitera en la de 14 de abril de 1997 y en la más reciente de 18 de marzo de 1998.

De otra parte, esta posibilidad de simultanear la cualidad de socio y órgano societario con la de trabajador, se mantiene en la sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 1997 . Así, se afirma en dicha sentencia -si bien, referido, solamente, a la anónima laboral, pero aplicable aquí, " *mutatis mutandi* ", en cuanto la sociedad de autos, desde su constitución, quedó integrada, únicamente, por socios, que a la vez eran trabajadores- que, "el trabajador de una sociedad anónima laboral, pues, es trabajador por cuenta ajena a todos los efectos legales... puesto que la condición también ostentada de socio... -de naturaleza estructural en tales sociedades- no impide, dada la personalidad jurídica de la misma, distinta de los socios que la integran, la existencia de una relación laboral por cuenta ajena".

También esta misma sentencia afirma la compatibilidad del cargo societario con la de trabajador ordinario, señalando que "esta condición del trabajador no se desvirtúa, en el presente caso, por el hecho de que uno de los demandantes ostentara en la empresa laboral el cargo de vicepresidente y el de vocal, los otros dos (dado que) su participación no les facultaba para adoptar acuerdos válidos en el Consejo de Administración...". Y este mismo criterio de compatibilizar relación societaria con relación laboral, cuando los hechos probados acreditan la existencia simultánea de ambas relaciones, se proyecta en las sentencias de esta Sala de 18 de marzo de 1991 , cuya ratio decidendi de compatibilidad se fundamenta en la autonomía e independencia de la relación laboral frente a la, a veces, más formalista de administrador social.

En definitiva, no existe ningún impedimento legal para excluir del ámbito del contrato de trabajo -la exclusión, conforme el artículo 1.3.c) ET (que debe ser objeto de interpretación restrictiva), únicamente hace referencia a "la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembros de los órganos de administración... siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo- a aquellos miembros de la administración societaria que, no teniendo la mayoría del capital social, realicen actividad de carácter laboral común, como sucede en el caso examinado, por lo que, en principio, cabe admitir la posibilidad de coexistencia o ejercicio simultáneo del cargo societario con la actividad derivada de una relación laboral ordinaria, y ello, conforme con doctrina reiterada de esta Sala - entre otras sentencias, las de 3 de junio de 1991 , 27 de enero de 1992 y 22 de diciembre de 1994 - expresivas de que la inclusión o exclusión del trabajador -socio- gestor de una sociedad, dotada de personalidad jurídica, de la esfera laboral, depende de la verdadera naturaleza del vínculo y de la posición y actividad que, concretamente, realice la persona en el seno de la sociedad".

- La aplicación de dicha doctrina al caso de autos, lleva a la conclusión, de que en el caso presente, existió una relación laboral ordinaria al margen de su coexistencia con su condición de socios. Y ello es así, porque concurren, en la primera, las notas de dependencia y ajeneidad, en cuanto el actor carecía de poder decisorio suficiente para conformar la voluntad social de la persona jurídica de que dependía bajo una relación laboral de carácter común, con la retribución que se especifica en los hechos probados.

QUINTO.- Un vez estimada la competencia de la Jurisdicción social para el examen de la cuestión

objeto de procedimiento, la solución procedente es la revocación de la sentencia de instancia para que, con remisión de los autos, se pronuncia el juzgador de instancia sobre la acción de despido ejercitada, sin embargo, teniendo presente que es doctrina constante del Tribunal Supremo que la anulación de sentencia es un remedio último y excepcional al que sólo cabe acudir cuando el Tribunal que conoce del recurso no pueda prácticamente adoptar una decisión correcta de la controversia planteada, que la propia sentencia ya anuncia la desestimación de la cuestión de fondo al decir "no puede sino desestimarse la demanda, porque, además de haberse reconocido la ausencia a su puesto de trabajo por el actor tras el alta médica que puso fin a su proceso de IT y no haberse acreditado la justificación de tales faltas", y que, en el presente caso, la parte reitera en esta alzada la pretensión que se dice ignorada, a ella debe darse respuesta en la presente resolución.

Es pretensión de la parte recurrente, que se declare la existencia de despido improcedente, denunciando la infracción del art. 54.1 del Estatuto de los Trabajadores .

La cuestión debatida trata el despido en el que se imputa el incumplimiento de la obligación de reincorporación al trabajo, una vez finalizada la causa que mantenía el vínculo en suspenso.

Para su examen debe partirse de los siguientes hechos probados, el actor con fecha 15 de abril de 2.010 inició proceso de incapacidad temporal, causando alta médica el día 4 de enero de 2011. El 14 de junio de 2011 se le notifica al actor su despido por haber faltado a su puesto de trabajo desde el día 14 de enero de dicho año.

Recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de 7 octubre de 2004 , que "la doctrina de la Sala sobre la cuestión ahora debatida, tiene su exponente, entre otras en las sentencias de 2 de marzo de 1992 (R.C.U.D. núm. 591/1991) y en la de 22 de octubre de 1991 al afirmar "como establecen, de una parte y con carácter general, los artículos 45.1 y 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo (hoy artículos 56 y 57 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común) y, de otra y en el ámbito del procedimiento de declaración de invalidez permanente, el artículo 9.2 del Real Decreto 2609/1982 de 24 de septiembre , los actos administrativos tienen una presunción de validez que hacen su cumplimiento necesario y directamente ejecutivo, por lo que, como ha destacado la doctrina científica, la declaración contenida en el acto que define una situación jurídica crea inmediatamente esa situación sin perjuicio de lo que pueda resultar de su revisión.

Esta eficacia inmediata del acto es una cualidad distinta de su firmeza y no se funda en ella. Su ámbito de aplicación es el de las prestaciones de seguridad social. Tiene, sin embargo, una proyección indirecta o refleja en el contrato de trabajo, porque el artículo 45.1.c) del Estatuto de los Trabajadores , al enunciar el supuesto suspensivo que contempla, se remite a dos situaciones protegidas por la seguridad social y dentro de ésta ha de atribuirse el mismo alcance al acto que declara la iniciación de la situación protegida que al que establece su terminación por la concurrencia de una causa legal. El problema en materia laboral consiste en determinar si existe o no una situación de incapacidad temporal que impida la prestación de trabajo. Lo que ocurre es que el acto administrativo de la gestora, al extinguir la situación de incapacidad laboral transitoria, priva en principio de justificación a la incomparecencia al trabajo de la misma forma que la baja había otorgado inicialmente esa justificación.

El empresario puede, por tanto, deducir las consecuencias extintivas -disciplinarias o en orden a la concurrencia de un desistimiento- que derivan de esa falta de justificación y el trabajador, que ha de prevenir la eventual apreciación de un desistimiento -cuya concurrencia o no habrá de valorarse en cada caso- manifestando su voluntad de mantener la relación, debe también, si quiere conservar la suspensión, destruir los efectos reflejos de la resolución administrativa acreditando que, pese al alta médica o a la resolución del expediente de invalidez sin declaración de incapacidad permanente total o absoluta, subsiste una situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación al trabajo ".

Pues bien, en el presente caso, el trabajador que fue dado de alta médica con fecha 14 de enero de 2011, que ni se incorpora a su trabajo ni impugna dicha alta, situación que se prolonga hasta el 14 de junio y no fue mas allá por la notificación de su despido, hay que deducir la existencia de una voluntad de desistimiento por parte del trabajo, ya que no alcanza otra razón que justifique dicha ausencia del puesto de trabajo, todo lo cual debe comportar la desestimación de la pretensión deducida en la demanda.

FALLAMOS

Que desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por Simón contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Uno de los de Motril en fecha Veintiocho de Septiembre de dos mil once ., en Autos seguidos a instancia de Simón en reclamación sobre DESPIDO contra TALLERES SALOBREÑA S.L., debemos confirmar y confirmamos , aun cuando por razones distintas, la mencionada resolución.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que previene el art. 218 de la LRSS y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes al de su notificación, debiendo el recurrente que no ostente la condición de trabajador, causa-habiente suyo o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita efectuar el depósito de 600 €, en impreso individualizado en la cuenta corriente que más abajo se indica, así como que deberá consignar la cantidad objeto de condena si no estuviera ya constituida en la instancia, en la cuenta de "Depósitos y Consignaciones" de esta Sala abierta con el núm. 1758.0000.80.2901.11 Grupo Banesto, en el Banco Español de Crédito S.A., Oficina Principal (Código 4052), c/ Reyes Católicos, 36 de esta Capital y pudiendo sustituir tal ingreso por aval bancario con responsabilidad solidaria del avalista, sin cuyos requisitos se tendrá por no preparado el recurso.

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