



Roj: STSJ M 13734/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:13734
Id Cendoj: 28079340052015100856
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Recurso: 508/2015
Nº de Resolución: 783/2015
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

508/2015-IS

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

NIG : 28.079.00.4-2014/0008853

Procedimiento Recurso de Suplicación 508/2015

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid Despidos / Ceses en general 221/2014

Materia : Despido

Sentencia número: 783

Ilmos. Sres

D./Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

D./Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

D./Dña. ALICIA CATALA PELLON

En Madrid a dos de noviembre de dos mil quince habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, 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

S E N T E N C I A

En los Recursos de Suplicación 508/2015, formalizados por el/la LETRADO D./Dña. DAVID SAIZ BONASTRE en nombre y representación de PEPSICO IBERIA SERVICIOS CENTRALES SL y LETRADO D./Dña. JUAN IGNACIO MARCOS GONZALEZ en nombre y representación de D./Dña. Adriano , contra la sentencia de fecha dos de octubre de dos mil catorce dictada por el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 221/2014, seguidos a instancia de D./Dña. Adriano frente a PEPSICO IBERIA SERVICIOS CENTRALES SL, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/

la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- Don Adriano vino prestando servicios para la entidad Bottling Group Servicios Centrales, S.L. (PEPSICO) desde el 15 de enero de 2007, como Coordinador de Prevención y Seguridad, en virtud de un contrato de trabajo indefinido a tiempo completo.

SEGUNDO.- Don Adriano es Técnico Superior en Seguridad e Higiene en el Trabajo.

TERCERO.- Con efectos de 1 de abril de 2007 Don Adriano pasó a desempeñar el puesto de responsable del Servicio de Prevención Propio de la Compañía de Bebidas Pepsico- España.

CUARTO.- El demandante ha desempeñado las funciones de Coordinador Nacional de Prevención de Riesgos Laborales, siendo miembro del Servicio de Prevención Propio/ Propio Mancomunado de la Compañía de Bebidas Pepsico SL durante los años 2007 a 2010.

QUINTO.- Con fecha 1 de diciembre de 2009 las empresas Bottling Group Servicios Centrales SL y la Cía de Bebidas Pepsico SL, sociedades ambas pertenecientes al mismo grupo empresarial, constituyeron con efectos desde esa misma fecha un Servicio de Prevención Propio Mancomunado, el cual asumía las funciones de seguridad en el trabajo, ergonomía y psico-sociología, teniendo dicho servicio la consideración de servicio propio para cada una de las citadas empresas.

SEXTO.- La condición de Coordinador de Prevención y Salud Laboral del citado Servicio de Prevención Mancomunado recayó en Don Adriano .

SÉPTIMO.- En fecha 1 de agosto de 2010 las trece empresas pertenecientes al grupo empresarial PEPSICO constituyeron el Servicio de Prevención Propio Mancomunado con efectos desde esa misma fecha, cuyas funciones serían la seguridad, higiene industrial, ergonomía y psicología aplicada y vigilancia de la salud.

OCTAVO.- El 1 de agosto de 2010 el resto de las empresas del Grupo PEPSICO acordaron la adhesión al Servicio de Prevención Propio Mancomunado creado por Bottling Group Servicios Centrales SL y la Cía de Bebidas Pepsico SL en el año 2009, constituyéndose para todas ellas un Servicio de Prevención Propio Mancomunado con las características y circunstancias que se expresan en el citado Acuerdo aportado como documento 1 de la empresa, modificadas por Acuerdo de 1 de enero de 2013 que se incorpora como su documento número 2, teniendo dicho servicio la consideración de servicio propio para cada una de las empresas cuyas funciones serían la seguridad, higiene industrial, ergonomía y psicología aplicada y vigilancia de la salud.

NOVENO.- Como consecuencia de ello, desapareció el puesto de Coordinador de Prevención pasando a reportar cada uno de los Servicios de Prevención de las empresas al Jefe o Responsable máximo del Departamento de Prevención, Don Justo . Don Adriano no fue designado nominalmente como parte personal del Equipo de Técnicos de Prevención ni como Coordinador del mismo.

DÉCIMO.- Mediante carta de fecha 31 de marzo de 2011 la empresa comunicó al actor el despido disciplinario con efectos desde el día 30 de abril del mismo año al amparo del art 54.2 e) ET . No obstante, la empresa reconoció en la carta la improcedencia del despido, reconociendo a favor del trabajador una indemnización de 38.767 euros netos, que sería depositada en el Juzgado. En fecha 4 de mayo de 2011 la empresa consignó en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado la expresada suma de 38.767 euros.

UNDÉCIMO.- Contra dicha decisión presentó demanda de la que conoció el Juzgado de lo Social número 40 de Madrid que dictó sentencia el 26 de octubre de 2011 estimando la demanda deducida por Don Adriano contra Bottling Group Servicios Centrales, S.L. (PEPSICO) declarando la improcedencia del despido del actor de fecha 30 de abril de 2011, así como el derecho del trabajador a optar entre ser readmitido en su

puesto de trabajo y en las mismas condiciones anteriores al despido o percibir la indemnización ya consignada y condenando a la parte demandada al pago de una sanción pecuniaria de 400 euros y al pago de los honorarios del Letrado de la parte actora. Dicha sentencia fue confirmada en parte por otra del Tribunal superior de Justicia de Madrid que revocó aquella condenando a la empresa a abonar los salarios de tramitación devengados hasta la fecha de notificación de la sentencia y dejando sin efecto la multa por temeridad impuesta a la empresa.

DUODÉCIMO.- El 11 de noviembre de 2011 Don Adriano presentó escrito ante el Juzgado número 40 manifestando su opción por la reincorporación, dándose traslado a la empresa a los efectos oportunos. El 29 de noviembre de 2011 la empresa comunicó al demandante que no debía reincorporarse a su puesto de trabajo y que en el plazo legal oportuno le serían comunicadas las condiciones de su reincorporación a la Compañía en cumplimiento de la sentencia que se encontraba recurrida.

DÉCIMOTERCERO.- El 7 de diciembre de 2011 la empresa comunicó al trabajador mediante burofax que había formulado recurso de suplicación contra la sentencia y que habiendo amortizado el puesto de trabajo que venía desarrollando se le eximía de acudir a prestar servicios efectivos por el momento; así como que estando prevista en el futuro la existencia de una vacante de su grupo profesional y funciones equivalentes en el área de Prevención de Riesgos Laborales, quedaría adscrito a ella si se confirmase la sentencia. Dicho puesto de trabajo es el que se describe en el documento 15 de la empresa.

DÉCIMOCUARTO.- El 31 de mayo de 2012 la empresa, mediante burofax que se incorpora como documento 19 del demandante, comunicó a este que debía reincorporarse a su puesto de trabajo el 11 de junio de 2012.

DECIMOQUINTO.- El 29 de noviembre de 2012 Don Adriano presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo contra la empresa, que figura en documento 28 del demandante. Con dicha denuncia se abrió un periodo de negociación entre las partes bajo la mediación de la Inspección de Trabajo en el cual la empresa identificó como labores que correspondían al trabajador las contenidas en el documento 30 del ramo de prueba de éste; de ellas las identificadas como documento 339 se ofrecieron en reunión de 28 de enero de 2013, y las identificadas como documento 297 en reunión de 21 de febrero de 2013, siendo en ambos casos rechazadas por el trabajador. Tras esta última reunión, no habiendo alcanzado acuerdo, concluyó la mediación.

DECIMOSEXTO.- Desde el 10 de enero de 2013, durante la negociación ante la Inspección el trabajador disfrutó de permiso retribuido. El 4 de marzo de 2013 la empresa le comunicó que debía reincorporarse al puesto ofertado el 18 de marzo, debiendo manifestar la ubicación que prefería dándole a elegir las Oficinas Centrales en la calle Mahonia o las Oficinas Comerciales del Polígono Industrial Fin de Semana, en la calle Torres Quevedo, 22/24 (documento 33 demandante). El 13 de marzo le comunicó que el puesto al que se incorporaba era el de Iberia HS Manager correspondiente a las funciones expresadas en la reunión de 21 de febrero de 2013 con la Inspección de Trabajo, en las Oficinas Centrales (documento 34 demandante).

DECIMOSÉPTIMO.- El 11 de marzo de 2013 el demandante presentó escrito ante el Juzgado de lo Social número 40 solicitando la ejecución de la sentencia de despido. El 6 de mayo de 2013 se dictó Auto que declaró regular la readmisión del demandante, siendo confirmado tras recurso de reposición de éste, por Auto de 20 de junio de 2013. Contra dicha resolución se formuló recurso de suplicación por el ejecutante, que no consta haya sido resuelto en el momento del juicio oral.

DECIMOCTAVO.- El 2 de agosto de 2013 Don Adriano remitió a Don Justo , superior directo suyo, correo electrónico que aporta aquel como documento 41 en el que le preguntó si pertenecía al Servicio de Prevención. En conversación telefónica mantenida con él le manifestó que no pertenecía a dicho Servicio. Con posterioridad, el 6 de agosto remitió correo electrónico a Don Faustino (Vicepresidente de Recursos Humanos) con las mismas preguntas del remitido a Don Justo contestándole que para cualquier consulta de recursos humanos se pudiese en contacto con Don Gaspar , Gerente de Recursos Humanos. El 7 de agosto remitió correo electrónico a este pidiéndole que confirmase si como le había manifestado Don Justo no pertenecía al Servicio de Prevención Mancomunado de la Compañía, contestándole que era su último día antes de las vacaciones y que a partir de su vuelta el 26 de agosto podría consultarle lo que desease, ofreciéndole reunirse con él los días 9 y 10 de septiembre en los que estaría en Madrid. El 23 de agosto reiteró la petición siendo contestada el 27 de agosto expresando que no todos los integrantes del Departamento de Prevención forman parte del Servicio de Prevención, que es potestad de la Dirección nombrar a los que forman parte del mismo y que él no forma parte de dicho Servicio (documentos 42 a 48 demandante).

DECIMONOVENO.- El 24 de septiembre de 2013 presentó Don Adriano demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo para que se declare nula o injustificada la decisión de la empresa de

no integrarle en el Servicio de Prevención. De ella conoce el Juzgado de lo Social número 36 de Madrid que habiendo señalado juicio oral para el 13 de febrero de 2014 suspendió las actuaciones hasta la resolución del procedimiento de despido que ahora se resuelve.

VIGÉSIMO.- El 19 de abril de 2012 Don Adriano formuló demanda de tutela por vulneración de los derechos fundamentales de los artículos 14 , 15 , 18 y 28 de la Constitución contra la empresa, contra Don Jacinto , Don Justo y Doña Rosana . De dicha demanda conoce el Juzgado de lo Social número 35 de Madrid que señaló juicio oral para el 25 de octubre de 2012, fecha en la que se suspendieron las actuaciones por no ser firme la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 9 de julio de 2012, dictada en recurso 1844/2012 contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 40 de Madrid, y hasta la firmeza de la misma. Habiéndose señalado para juicio oral la fecha del 28 de mayo de 2014, el 12 de mayo de 2014 se acordó a petición de ambas partes una nueva suspensión de la que no se conoce la causa para el 14 de enero de 2015.

VIGÉSIMOPRIMERO.- Don Adriano fue citado para comparecer el 22 de febrero de 2012 al Centro Médico de Madrid de la Mutua La Fraternidad Muprespa, con la finalidad de la realización de la Evaluación Específica de la salud por riesgo, en el marco del Servicio de Prevención, no habiéndose realizado por encontrarse de baja en proceso de incapacidad temporal, quedando citado a los mismos efectos para el día siguiente. El 23 de febrero compareció el demandante en dicho servicio médico entregando el documento 89 de su ramo de prueba.

VIGESIMOSEGUNDO.- Don Adriano ha permanecido de baja médica en los siguientes periodos:

6 a 26 de abril de 2011

6 de septiembre a 25 de noviembre de 2011

1 de diciembre 2011 a 28 de mayo de 2012

27 de junio 2012 a 9 de diciembre de 2012

15 de marzo a 18 de junio de 2013

VIGÉSIMOTERCERO.- El 31 de octubre de 2012 presentó solicitud ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social reclamando la declaración de contingencia profesional de dichos periodos de baja. El 26 de febrero de 2013 se dictó resolución declarando el carácter común de la contingencia. Tras resolución desestimatoria de la reclamación previa, el 7 de junio de 2013 presentó demanda de la que conoció el Juzgado de lo Social 31 de Madrid que dictó sentencia el 18 de julio declarando que la contingencia de las bajas médicas es la de enfermedad común. Dicha sentencia no es firme.

VIGÉSIMOCUARTO.- El 15 de marzo Don Adriano presentó escrito ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social solicitando la continuación de la baja médica por recaída. Por resolución de 26 de marzo de 2013 le fue reconocida nueva baja con efectos de 15 de marzo de 2013 por un máximo de 180 días, siéndole dada el alta por resolución de 14 de junio de 2013, con efectos de 18 de junio de 2013 (documentos 93, 95 y 97 del demandante).

VIGÉSIMOQUINTO.- El 17 de junio de 2013 el demandante comunicó a la empresa el alta solicitándole disfrutar de vacaciones del año 2012 del 19 de junio al 19 de julio y otros 8 días hábiles de las vacaciones del año 2013 para coincidir en el mes de julio con las vacaciones familiares. La empresa contestó el 20 de junio comunicándole que la reincorporación debía realizarse el 1 de agosto de 2013 (documentos 98 y 99 demandante).

VIGÉSIMOSEXTO.- El 22 de octubre de 2013 el demandante solicitó a la empresa el reconocimiento médico por reanudación del trabajo tras baja de larga duración. El 25 de octubre se le comunicó por la empresa que pasaría reconocimiento médico el 28 de octubre en Paseo de la Habana 136, y el 31 de octubre en los servicios médicos de empresa (documentos 100 y 101 demandante).

VIGÉSIMOSÉPTIMO.- En el mes de noviembre de 2013 el demandante solicitó nuevamente al Instituto Nacional de la Seguridad Social baja médica por recaída que no le fue reconocida (documento 104 demandante).

VIGÉSIMOCTAVO.- El 14 de enero de 2014 le fue comunicado a la empresa y al trabajador por el médico del Servicio de Salud contratado por ella que se había emitido informe de no apto para su puesto de trabajo, derivada de una patología que no tiene origen laboral estricto (documento 2 de la demanda y 108 del demandante). El 16 de enero se le comunicó por e-mail que tenía a su disposición el informe del

reconocimiento médico realizado el 28 de octubre (documento 109 demandante) y el 16 de febrero que tenía a su disposición el informe del reconocimiento médico realizado el 31 de octubre (documento 115 demandante).

VIGÉSIMONOVENO.- El 21 de enero de 2014 la empresa comunicó a Don Adriano, mediante escrito que aportado como documento 1 con la demanda se da por reproducido y con efectos de la misma fecha, la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas al amparo de lo previsto en el artículo 52 a) LET por ineptitud sobrevenida en su puesto de trabajo habitual, teniendo en cuenta la evaluación de riesgos específicos en el que se concluyó la calificación de no apto para el desempeño del puesto de trabajo; reconociéndole el derecho a percibir una indemnización de 20 días por año de servicio con el límite de 12 mensualidades e importe de 28.230 euros.

TRIGÉSIMO.- La última evaluación de riesgos de los puestos de trabajo de Oficinas Centrales de la empresa es la que figura en documento 111 del demandante. La Evaluación de factores psicosociales del Centro de trabajo de Bottling Group Servicios Centrales, S.L. de la calle Arequipa, 1 de Madrid es el que se incorpora como documento 16 de la empresa.

TRIGESIMOPRIMERO.- Don Adriano se encuentra en la actualidad capacitado para ejercer el autogobierno de su persona, no sufre enfermedad psiquiátrica grave o alteración de la personalidad y dispone de las capacidades psicológicas necesarias para el desarrollo de su profesión.

TRIGESIMOSEGUNDO.- Don Adriano venía percibiendo una retribución anual fija de 63.986,18 euros y una retribución

variable de 4.480 euros

TRIGESIMOTERCERO.- El 2 de octubre de 2013 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose sin avenencia el preceptivo acto previo el 22 de octubre de 2013.

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

Que estimando como estimo la demanda formulada por Don Adriano contra la empresa Pepsico Iberia Servicios Centrales, S.L debo declarar y declaro la improcedencia del despido efectuado por la empresa, condenando a ésta a que, a elección del trabajador que habrá de manifiestar por escrito o mediante comparecencia ante este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, readmita a éste en las mismas condiciones anteriores al despido o a indemnizarle con la cantidad de 55.289,21 euros; así como, en el caso de proceder la readmisión, a abonar los salarios devengados desde el despido hasta la efectiva readmisión, por importe diario de 187,58 euros.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte D./Dña. Adriano y PEPSICO IBERIA SERVICIOS CENTRALES SL, formalizándolos posteriormente; tales recursos fueron objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 15/06/2015, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día veintiocho de octubre de dos mil quince 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.- La sentencia de instancia estima la demanda formulada por despido declarando el mismo como improcedente, condenando a la demandada a readmitir al trabajador en su puesto de trabajo o alternativamente a abonarle la indemnización, a opción del trabajador, y frente a la misma se interponen dos recursos de suplicación, uno por la representación letrada de la empresa demandada y otro por la representación legal del actor.

Al amparo del art.193 apartado b)LRJS solicita la recurrente la revisión de los hechos probados y en concreto propone la adición de un nuevo hecho con el siguiente tenor literal:

"En el documento de Modificación de las normas de Constitución del Servicio de Prevención Propio Mancomunado de Pepsico de fecha 1 de enero de 2013 (folios 8 a 13 del ramo de prueba de la parte demandada), figuran como miembros de dicho Servicio Dña. Asunción, médico de empresa y D. Carlos Alberto, Dña. Candelaria, D. Luis Alberto y D. Jesús Luis, todos ellos técnicos de Nivel Superior, y

como Coordinador General de Prevención D. Justo . El nombre del actor tampoco aparece como integrante del Servicio de Prevención Propio Mancomunado de Pepsico en las Memoras Anules correspondientes a los años 2011, 2012 y 2013 (folios 69 al 163). En fecha 12 de junio de 2014 D. Juan Enrique , Inspector de Trabajo y Seguridad Social en su Aclaración del informe de fecha 6 de febrero de 2014 (folios 211 y 212 de los autos), concluye que "del examen de dicha documentación se constata que en la memoria del servicio de prevención mancomunado del Grupo Pepsico, primer año de su existencia como tal, Adriano figura como técnico de prevención de nivel superior del citado servicio, con las especialidades de Seguridad, Higiene y Ergonomía. En las memorias correspondientes a los años 2011 y siguientes ya no figura el antes citado como técnico del servicio de prevención mancomunado."

La jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente es esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores.

Sentado lo anterior, la adición solicitada no prospera pues, la misma, no se desprende de los documentos en que se apoya, ya que los primeros son documentos elaborados a instancia de parte y el tercero, únicamente viene a recoger lo que el Inspector de Trabajo leyó en las memorias del servicio de prevención que le aportó la empresa en el procedimiento de mediación en el que intervino a petición de las partes -como si hubiese hecho una transcripción de las mismas-. En ningún momento efectúa el Inspector una valoración de las implicaciones jurídicas que la empresa pretende otorgarle, y no solo peticionando que se incluya como hecho probado, sino pretendiendo otorgarle el valor de presunción iuris tantum. No debemos de olvidar que la presunción de veracidad de los hechos directamente constatados por los Inspectores de Trabajo en el ejercicio de sus funciones, solo se otorga las Actas de Infracción emitidas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Y el documento que la empresa señala (folios 211-212) es un Informe, que no goza de dicha prerrogativa. Además, el contenido de este informe también ha sido debidamente analizado y valorado por el Juez a quo en el Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia recurrida, al manifestar que "la realidad global se completa con la consecuencia de esa desaparición del puesto de Coordinador y de la nueva asignación de funciones al demandante que ha sido declarado por el Auto del Juzgado de lo Social nº 40 como correcta. Tales funciones son las que después del episodio de mediación ante la Inspección de Trabajo se le Comunican por la empresa el 13 de marzo de 2013 con referencia al documento 30 del demandante". El fracaso de la revisión fáctica lleva aparejada la desestimación de este motivo del recurso quedando el relato fáctico inmodificado.

SEGUNDO.- En el apartado destinado a las infracciones jurídicas, al amparo del art.193 apartado c)LRJS , se denuncia la infracción del art.52.a) ET y la jurisprudencia dictada al efecto.

El Magistrado de instancia declara el despido improcedente por entender que el informe médico del que se desprende la ineptitud sobrevenida, es ineficaz, pues "es imposible obtener una interrelación entre las pruebas y las manifestaciones médicas de la exploración física y la conclusión expresada de no apto". Añadiendo, "El informe es meramente descriptivo y parece seguir las pautas ordinarias de la información

emitida habitualmente por ese Servicio de Salud, pero carece de información concreta y suficiente para conocer el hecho médico y su interrelación con la conclusión que lógicamente (...) ha de tener una justificación suficiente que pasa por una información bastante, completa y accesible. (...) Los protocolos utilizados son los ordinarios dentro del Protocolo General del examen de salud, sin otros añadidos o particularidades de evaluación".

No es correcta la manifestación que la empresa efectúa en el recurso, al indicar que la comunicación de despido refleja la totalidad de los datos de los que dispone la empresa. En la carta de despido se recogen valoraciones de parte e incluso médico-jurídicas que ni aparecen reflejadas en el informe del Dr. Agustín que le fue entregado al trabajador, ni mucho menos en la más escueta comunicación que le fue remitida a la empresa.

En atención a todos estos datos y a la valoración de la prueba practicada en el acto de la vista, el Juzgador de instancia concluye que no existe causa legal para extinguir el contrato de D. Adriano , calificando el mismo como improcedente. Los razonamientos jurídicos que ha utilizado para alcanzar dicha conclusión, aparecen amplia y debidamente expresados en el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia recurrida, y nos remitimos a los mismos por estar en plena conformidad con todos ellos. Por ello, simplemente destacaremos dos conclusiones que nos parecen de suma relevancia:

La primera, es que el Juzgado a quo considera debidamente cumplido el requisito formal contenido en el artículo 53.1 ET , y concluye que la comunicación formal fue correcta y suficiente (FD 3º).

Y la segunda, es que no concurre causa eficiente de ineptitud sobrevenida en el trabajador para la realización de sus labores, porque para expresar esa conclusión con las debidas garantías para el trabajador, es necesario conocer las funciones que tiene asignadas, y le corresponden realizar y la situación médica sobrevenida que se le imputa, y así poder determinar si sigue siendo apto para desarrollar tales funciones. Analizando el informe Don. Agustín aportado como prueba anticipada, se indica por el Juzgador a quo que la exploración que se le efectuó cuanta con un número mayoritario de datos de normalidad, y que además, en los que pudiera aparecer alguna referencia a dolencias, ni se identifican en su particularidad ni se valoran individualmente, lo que hace que sea imposible conocer su alcance y confirmar su valoración. Manifiesta que el informe es meramente descriptivo y que carece de la información concreta y suficiente para conocer el hecho médico y su interrelación con la conclusión de no apto, la cual, por las consecuencias que puede tener como es la presente (extinción del contrato), tiene que tener una justificación suficiente que pasa por una información bastante, completa y accesible. Por todo ello, no le otorga eficacia probatoria porque no arroja ninguna prueba de que la situación médica de D. Adriano le impida realizar su trabajo. Es más, señala que siendo la dolencia de carácter psíquico la que ha determinado las bajas de larga duración del actor, es la que se tendría que haber analizado en detenimiento, pues era la única trascendente, al no constar que ninguna otra de las examinadas fuera la que pudiera ser incapacitante (ni la vista, ni el aparato locomotor, ni estructuras ni usos corporales implicados en la conducción de vehículos). A pesar de todo ello, únicamente se aplicaron en el examen médico realizado al actor, el protocolo general de examen de la salud, sin otras particularidades en la evaluación.

No existe una situación médica trascendente para declarar no apto al trabajador. La empresa no ha desvirtuado la valoración de la prueba efectuada en la instancia.

TERCERO.- Siguiendo al amparo del art.193 apartado c)LRJS , se denuncia la vulneración de los arts. 16.1 , 30 y 31 de la Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales en relación con los arts. 55.3 y 6 , y 68 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores , y el artículo 21 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero , por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención y 2.2 de la Orden TIN2504/2010, de 20 de septiembre de 2010 y la jurisprudencia que los ha interpretado.

En el presente motivo de recurso, de manera subsidiaria a lo argumentado en el anterior, y en el caso de que se confirmase que el despido debe declararse improcedente, la recurrente considera que la opción entre readmisión o abono de la indemnización debe otorgarse a la empresa y no al actor, toda vez que en el momento de la extinción -de hecho, desde el año 2011- y contrariamente a lo que considera el juez a quo el Sr. Adriano no pertenecía al Servicio de Prevención Propio del Grupo Pepsico ni podía considerarse trabajador designado en materia preventiva, por tanto no tendría el derecho de opción incluido como garantía en el artículo 30 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales .

Debemos partir de la regulación del artículo 16.1 de la Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales :

Artículo 16. Plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva.

1. La prevención de riesgos laborales deberá integrarse en el sistema general de gestión de la empresa, tanto en el conjunto de sus actividades como en todos los niveles jerárquicos de ésta, a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales a que se refiere el párrafo siguiente.

Este plan de prevención de riesgos laborales deberá incluir la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención de riesgos en la empresa, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Partiendo de dicha obligación marco del artículo 16 de la LPRL, la empresa debe decidir cuál debe ser su estructura y organización a nivel preventivo, que de acuerdo con el artículo 30 del mismo cuerpo legal, puede llevarse a cabo mediante la designación de trabajadores, o si por las circunstancias de tamaño de la empresa o actividad de la misma y su peligrosidad, ello no fuera posible, proceder a llevar a cabo una organización preventiva más compleja.

Por el tamaño de las empresas del Grupo Pepsico, la Compañía se encuentra obligada a la constitución de un Servicio de Prevención propio (y por tanto en ningún caso puede considerarse que el Sr. Adriano sea un trabajador designado), que en este caso se ha ajustado a la definición del Servicio Propio Mancomunado, que se recoge en el artículo 21 del Reglamento de los Servicios de Prevención.

Una vez determinada la figura de organización preventiva adecuada a las dimensiones y actividad de la empresa, es ésta la que debe decidir su organización específica, siempre respetando los mínimos establecidos en el artículo 31 de la LPRL.

Basta, para responder a los argumentos de la recurrente con remitirnos al fundamento de derecho quinto de la sentencia de instancia que recoge:

"Llegados a este punto debe despejarse la cuestión de a quién corresponde la opción legal de elección entre la indemnización y la reincorporación. Es un hecho discutido y resuelto en el antecedente judicial del trabajador que ostentando la condición -la sentencia del Juzgado 40 dice la Categoría- de Coordinador de Prevención y Seguridad le es aplicable la garantía del artículo 30.4 de la Ley de Prevención de riesgos Laborales, circunstancia que no alteró la sentencia del Tribunal Superior de Justicia porque no se le planteó al ser discutido el resultado fáctico de la impugnada y no el jurídico.

El artículo 30.4 de la citada norma establece la protección de las garantías que para los representantes de los trabajadores establecen las letras a), b) y c) art. 68 y el apartado 4 art. 56 TR del Estatuto de los Trabajadores, extendiéndola a los trabajadores integrantes del servicio de prevención propio, cuando esté constituido, o a los uno o varios trabajadores designados para ocuparse de dicha actividad de protección y prevención de riesgos profesionales.

Conforme a lo previsto en el artículo 31.2, el servicio de prevención es el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y a los órganos de representación especializados.

Según consta y se ha declarado probado, Don Adriano, que es Técnico Superior en Seguridad e Higiene en el Trabajo, ha desempeñado las funciones de Coordinador Nacional de Prevención de Riesgos Laborales, siendo miembro del Servicio de Prevención Propio de la Compañía de Bebidas Pepsico SL desde el año 2007. Con fecha 1 de diciembre de 2009 las empresas Bottling Group Servicios Centrales SL y la Cía de Bebidas Pepsico SL, sociedades ambas pertenecientes al mismo grupo empresarial, constituyeron con efectos desde esa misma fecha un Servicio de Prevención Propio Mancomunado, el cual asumía las funciones de seguridad en el trabajo, ergonomía y psicología, teniendo dicho servicio la consideración de servicio propio para cada una de las citadas empresas, asumiendo la condición de Coordinador de Prevención y Salud Laboral del citado Servicio de Prevención Mancomunado Don Adriano. Posteriormente, el 1 de agosto de 2010 el resto de las empresas del Grupo PEPSICO acordaron la adhesión al Servicio de Prevención Propio Mancomunado creado por Bottling Group Servicios Centrales SL y la Cía de Bebidas Pepsico SL en el año 2009, constituyéndose para todas ellas un Servicio de Prevención Propio Mancomunado, teniendo dicho servicio la consideración de servicio propio para cada una de las empresas, sin que se designase a Don Adriano como parte personal del Equipo de Técnicos de Prevención ni como coordinador del mismo. Con los avatares judiciales del anterior despido, se llega al auto del incidente de readmisión irregular en el que se

concluye que ha habido una reestructuración a consecuencia de la constitución del Servicio de Prevención Mancomunado de todas las empresas del Grupo en el que ha desaparecido la figura del Coordinador de Prevención al reportar cada uno de los Servicios de Prevención de las empresas al Jefe o Responsable máximo del Departamento de Prevención, Don Justo . Esta realidad, aunque todavía litigiosa, es la que se dice en la resolución judicial citada pero también la que consta como probado y acontecido tras la creación del Servicio Mancomunado.

Pero siendo esta la realidad de lo acontecido con el Servicio Mancomunado, la realidad global se completa con la consecuencia de esa desaparición del puesto de Coordinador y de la nueva asignación de funciones al demandante que ha sido declarada por el Auto del Juzgado de lo Social número 40 como correcta. Tales funciones son las que después del episodio de mediación ante la Inspección de Trabajo se le comunican por la empresa el 13 de marzo de 2013 con referencia al documento 30 -lo que se identifica en él como documento 297- del demandante. Si acudimos a dichas funciones, y teniendo en cuenta la capacitación profesional del demandante que como se ha dicho es Técnico Superior en Seguridad e Higiene en el Trabajo, puede afirmarse que tienen un contenido directa, completa y claramente integrado en lo que constituye la actividad de protección y prevención de riesgos profesionales, sin que haya otra posibilidad de adscripción organizativa que la empresa no ha aludido ni desde luego probado. Y si la actividad del trabajador es la de prevención de riesgos profesionales y la empresa cuenta con Servicio de Prevención propio, por mucho que quiera negar y haya negado al demandante su inclusión en el Servicio de Prevención, solo puede concluirse que Don Adriano está incluido y pertenece al Servicio de Prevención de la demandada. Recuérdese que el servicio de prevención es el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas, asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y a los órganos de representación especializados las empresas, y que lo determinante es la actividad que se realice en tal sentido y con la finalidad de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, y que el Servicio de Prevención nominal se integra por todos aquellos trabajadores que tengan encomendada alguna actividad en el seno de la consecución de tal fin.

Siendo así las cosas, debe concluirse que perteneciendo al Servicio de Prevención propio de la empresa, el demandante, como trabajador de ésta, sigue teniendo los beneficios que le otorga el artículo 30.4 de la Ley de Prevención y por tanto ostenta la facultad de opción del despido."

Por ello siendo estas funciones de prevención de riesgos laborales que han sido atribuidas al actor como antiguo Coordinador de Prevención y Seguridad y ostentando este la titulación de técnico de prevención de riesgos laborales de nivel superior, no puede legalmente no formar parte del servicio de prevención en la modalidad elegida por la empresa (servicio propio mancomunado).

La recurrente indica que el actor dejó de ser miembro del servicio de prevención en el año 2011, pero no concreta la fecha exacta en la que ocurrió esta supuesta desvinculación. A este respecto tenemos que indicar que hasta la fecha de su primer despido el 30 de abril de 2011, el actor pertenecía al servicio de prevención propio de la empresa. En la memoria de actividades correspondiente al año 2010 así se recoge (documento nº 10 del ramo de prueba del actor), siendo además que dicho servicio no se modificó hasta el 1 de enero de 2013 (hecho probado octavo de la sentencia).

En la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 40 de Madrid, de 26 de octubre de 2011 , se identifica el puesto del actor como Coordinador de Prevención y Seguridad de Pepsico Iberia Servicios Centrales, S.L., y se reconoce su pertenencia al servicio de prevención propio de la empresa hasta la fecha de su despido. Por ello, se la atribuyen las garantías previstas para los integrantes de dicho servicio, y se le dio la opción de elegir entre la readmisión o el percibo de la indemnización. Esta sentencia, fue confirmada en este extremo por el TSJ de Madrid en la sentencia de 9 de julio de 2012 . Por ello, ambas resoluciones judiciales reconocieron el derecho del actor ser readmitido en el mismo puesto de trabajo y con las mismas funciones que tenía con anterioridad a su despido (incluyendo su permanencia al servicio de prevención).

Todas las funciones que realizaba el actor antes de su despido en enero de 2014 eran funciones de prevención de riesgos laborales.

CUARTO .- Examinando el recurso formulado por la representación letrada de la parte actora formalizado el mismo en un doble motivo, se solicita la revisión de los hechos probados y el examen del derecho aplicado.

Al amparo del art.193 apartado b) LRJS solicita la recurrente la revisión de los hechos probados y en concreto del ordinal octavo, así como la adición de dos nuevos hechos que serían el ordinal octavo y octavo bis proponiendo redacción alternativa y nueva redacción con el siguiente tenor literal:

Octavo: "El 1 de agosto de 2010 el resto de las empresas del Grupo PEPSICO acordaron la adhesión al Servicio de Prevención Propio Mancomunado creado por Bottling Group Servicios Centrales SL y Cía de Bebidas Pepsico SL en el año 2009, constituyéndose para todas ellas un Servicio de Prevención Propio Mancomunado con las características y circunstancias que se expresan en el citado Acuerdo aportado como documento 1 de la empresa. El actor quedó integrado en dicho servicio como Técnico de Prevención de nivel superior de la empresa Bottling Group Servicios Centrales SL., según memoria de actividades del año 2010 aportada como documento 4 por la empresa.

Posteriormente, por Acuerdo de 1 de enero de 2013 que se incorpora como su documento nº 2, se modificó dicho servicio, pasando a tener la consideración de servicio propio para cada una de las empresas cuyas funciones serían la seguridad, higiene industrial, ergonomía y psicología aplicada y vigilancia de la salud."

Octavo bis: "Después de su contratación en el año 2007 hasta su despido el 30 de abril de 2011, D. Adriano realizó las funciones propias de su categoría de Coordinador De Prevención y Seguridad dentro del Servicio de Prevención Propio Mancomunado de PEPSICO".

Octavo tris : "Por D. Jenaro , Ingeniero Industrial, Técnico Superior de PRL en las 4 modalidades, Perito Judicial colegiado COIIBI nº NUM000 en las especialidades, entre otras, de fonometría, electrónica y comunicaciones, se ha realizado informe pericial con fecha 23 de junio de 2014, que obra en el ramo de prueba del actor como documento nº 117 (además de los documentos 118 a 119 anexos al mismo), teniéndose por reproducido su contenido íntegro".

Remitiéndonos a los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la revisión fáctica mencionados en la respuesta al recurso anteriormente examinado, no prospera la adición al hecho octavo solicitada pues carece de trascendencia para la resolución del pleito. La misma respuesta negativa ha de darse a la adición de un nuevo hecho probado que sería el octavo bis pues su contenido sería contrario a la redacción del hecho probado cuarto, inmodificado por inatacado y al contenido del hecho probado noveno , así mismo inatacado, donde consta claramente que el puesto de Coordinador de Prevención desapareció antes de la fecha del despido del actor. No prospera la adición del nuevo hecho probado propuesto como octavo tris pues su contenido ha sido ya valorado por el Magistrado de instancia cuyo conocimiento directos del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba- para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la L.R.J.S . De manera tal que en el Recurso de Suplicación, dado su carácter extraordinario, el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, sino realizar un control de la legalidad de la sentencia recurrida en la medida que le sea pedido, y, sólo de excepcional manera, puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas, facultad reservada para cuando los documentos o pericias citados por el recurrente pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en que el Juzgador "a quo" hubiera podido incurrir, o cuando los razonamientos que le han llevado a éste a su conclusión fáctica, a los que debe referirse en los fundamentos de derecho -artículo 97.2 de la citada Ley de Ritos-, carezcan de la más elemental lógica.

El fracaso de la revisión fáctica lleva aparejado la desestimación de este motivo del recurso quedando el relato factico inmodificado.

QUINTO .- En el apartado destinado a las infracciones jurídicas, al amparo del art.193 apartado c)LRJS se denuncia art.10 CE y 4.2.e) ET - art.15CE y 4.2.d) ET y art. 24 CE asi como los arts.97.3-181.2 LRJS y 6.4 CC .

Se desestima por el Juzgado de Instancia la petición de nulidad del despido efectuada por el demandante, al considerar que no ha resultado acreditada la existencia de vulneración de sus derechos fundamentales por parte de su empleadora. Alcanza esta conclusión al entender que "para que surja reproche de vulneración de derechos fundamentales es necesario que haya una voluntad dirigida a ello", y que "deberá quedar acreditado que esos acontecimientos tienen lugar por actuaciones de la empresa impregnadas de esa voluntad y con una finalidad transgresora de esos derechos".

Sin embargo alude el recurrente que no puede ampararse la denegación de la nulidad en que lo que ha existido es una controversia judicial o una disputa iniciada con el primer despido, puesto que no pueden compararse las posiciones jurídicas de ambas partes, ni ampararse legalmente las conductas de la

empresa, que han causado en evidente perjuicio profesional y personal en el actor, conculcando los derechos fundamentales denunciados.

La negativa reiterada a que pertenezca al servicio de prevención, la asignación de tareas distintas a las que desempeñaba antes del primer despido, las dificultades en su reintegración al trabajo, vienen a evidenciar una situación que impide el desarrollo profesional del actor y ha supuesto una vulneración de la tutela judicial efectiva, al tener su origen en las quejas y denuncias judiciales y extrajudiciales que éste ha interpuesto. La negación reiterada e injustificada de la pertenencia del actor al servicio de prevención, no puede considerarse como una mera disponibilidad de su poder de organización, puesto que niega la pertenencia del Sr. Adriano a dicho servicio y la aplicación al mismo de la prerrogativas asignadas por la ley a este colectivo. Negar esas condiciones concretas conculca el derecho del actor a la tutela judicial efectiva, le vacía de contenido su puesto de trabajo, cuestiona la labor del actor en la empresa y pone un toque de provisionalidad de su estancia en la empresa, en su búsqueda constante de una nueva excusa para su despido, lo que ya ha efectuado en dos ocasiones.

Asimismo, añade, se produce una infracción del artículo 181.2 LRJS, ya que la parte actora ha aportado indicios claros de que se ha producido la violación de derechos fundamentales, correspondiendo a la empresa demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de que el despido que ha adoptado se hubiera efectuado independientemente de la violación de los derechos fundamentales del actor y que el mismo era proporcional, dándose por tanto la inversión de la carga de la prueba.

Insiste en que el despido no tiene causa, es fraudulento y por ello debe de dar lugar a la nulidad. Además de todo lo expuesto anteriormente, el fraude de ley determina la anulación del actor infractor, de acuerdo a lo que determina el artículo 6.4 del Código Civil. La nulidad es la consecuencia de que el despido encubra una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del actor, que se ha realizado al margen del procedimiento específicamente habilitado por la normativa vigente (art. 41 ET) por la que se le ha separado unilateralmente de su pertenencia al servicio de prevención de la empresa, buscando en todo caso la ausencia de protección del trabajador frente al despido y que se recoge en el art. 30.4 LPRL. Y la consecuencia de la aplicación de una norma en vez de que la que corresponde es la nulidad, de acuerdo con el art. 6.4 Cc.

Se pretende por la parte actora determinar la existencia de una situación de acoso laboral, que determinaría la nulidad del despido, de nuevo intentado sustituir la opinión del juez a quo.

Basa en concreto la solicitud de nulidad del despido la parte actora en los siguientes hechos:

-Negativa reiterada a que pertenezca al servicio de prevención: como se ha argumentado en el anterior motivo de impugnación, se trata de una facultad organizativa de la empresa, única responsable de decidir qué recursos destina al Servicio de Prevención, y no un vacío del contenido del puesto de trabajo que impida el desarrollo profesional del actor.

-Asignación a tareas distintas a las que desempeña antes del primer despido: ya se ha indicado que existen diversas resoluciones judiciales que declaran la readmisión del Sr. Adriano como regular.

-Las dificultades en su reintegración al trabajo: aparte de lo ya indicado en el punto anterior en ningún momento se concreta cuáles han sido dichas dificultades.

En ningún caso debe entenderse que se hayan aportado indicios de la existencia de un hostigamiento al trabajador, más allá de que los diversos procesos judiciales con identidad de partes ciertamente supongan una evidencia de disputa entre las mismas.

Nos remitimos a lo recogido en la instancia por entender que es conforme a derecho cuando dice: "Lo que los hechos nos dicen es que existe una disputa iniciada por el despido del año 2011 que ha tenido unos avatares procesales concretos y en el que se concluyó con sentencia que declaró la improcedencia, el reingreso del trabajador en el ejercicio de la opción por parte del mismo y la discusión sobre lo regular de la readmisión saldada, aunque no definitivamente, con la declaración de regular. A partir de ahí se han sucedido actuaciones del trabajador que ha insistido por cualquier vía judicial susceptible de utilización en la reclamación de unas pretensiones que considera legítimas pero que no han concluido en ninguno de los casos, teniendo todas ellas asiento en el hecho de la negación de la empresa de su condición de miembro del Servicio de Prevención y en la configuración del cometido funcional asignado, y en la afirmación de que esa negación es una vulneración de sus derechos fundamentales. El ejercicio de derechos ante los tribunales no supone la existencia del derecho reclamado, y la negación de los derechos reclamados o ejercidos tampoco constituye un atentado a los derechos fundamentales; si no concurre esa voluntad atentatoria, la disputa es legítima y común, y si se tiene en cuenta que hasta ahora lo que ha acontecido es que judicialmente se ha

declarado correcta la reincorporación del trabajador y por tanto que las funciones asignadas y el puesto de trabajo se acomodan a la obligación empresarial establecida en la sentencia, si las bajas médicas acontecidas y sobre las que el trabajador pretendía obtener la declaración de contingencia profesional se han declarado judicialmente como derivadas de enfermedad común, si la acción de modificación sustancial de condiciones de trabajo se asienta en ese cambio de funciones alegado tras la intervención de la Inspección de Trabajo como mediadora, y si la acción de tutela de derechos fundamentales tiene el mismo recorrido fáctico que la que ahora se ha planteado con el despido, solo puede concluirse que no hay una voluntad empresarial vulneradora de derechos fundamentales, que la disputa entre las partes es una disputa legítima con independencia del resultado y que dicho resultado, sea cual sea, no añade nada en la concurrencia de una voluntad dirigida a perjudicar el disfrute o el ejercicio de derechos fundamentales del trabajador."

SEXTO.- Por último el recurso del actor solicita la imposición de multa por temeridad, manteniendo lo pretendido en la impugnación al recurso interpuesto por la empresa donde así lo solicitaba en atención, a su juicio, de la evidente mala fe de la demandada.

El artículo 97. 3 LRJS dispone que la sentencia puede imponer, motivadamente, una sanción pecuniaria al litigante que obró de mala fe o con notoria temeridad. Como dijimos en nuestras sentencias de 21 de septiembre de 2009 (RSU 365/2009) (ROJ: STSJ BAL 983/2009 - ECLI:ES:TSJBAL:2009:983) y 19 de noviembre de 1997 (RSU 444/1997) (ROJ: STSJ BAL 51/1997 - ECLI:ES:TSJBAL:1997:51), Esto ocurre cuando la parte formula una pretensión o resiste la formulada en contra suya con perfecta conciencia o desconocimiento inexcusable de que su postura carece de todo soporte jurídico. La temeridad equivale a la plena conciencia de la falta de razón, y que sea notoria., esto es manifiesta, patente.

Por otro lado, al tratarse de una norma de naturaleza sancionadora debe interpretarse de manera restrictiva y como declaró el del TSJ de Navarra en su sentencia de 30 de abril de 1998 "la prudencia aconseja la necesidad de evitar el peligro de que el uso desmesurado e irreflexivo de la misma pueda llegar a coartar el legítimo ejercicio del derecho a obtener la tutela judicial efectiva que, con rango de fundamental, proclama el artículo 24 de la Constitución ."

En el caso que examinamos la Sala comparte la resolución de la instancia en orden a no imponer la sanción de multa por temeridad, teniendo en cuenta lo fundamentado en la misma.

Desestimamos el recurso formulado por la actora y confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de PEPSICO IBERIA SERVICIOS CENTRALES, S.L contra la sentencia de fecha dos de octubre de dos mil catorce, dictada por el Juzgado de lo Social número 41 de Madrid , en autos nº 221/2014, en virtud de demanda formulada por D. Adriano contra la recurrente, en reclamación sobre DESPIDO, y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia, con imposición de costas a la recurrente incluidos los honorarios del letrado impugnante que la Sala fija en 600 euros.

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Adriano contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social NUM. 41 DE MADRID de fecha 2 de octubre de 2014 , en virtud de demanda formulada por el recurrente contra PEPSICO IBERIA SERVICIOS CENTRALES SL, en reclamación sobre DESPIDO confirmando la sentencia recurrida. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber

depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-0508-15 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876-0000-00-0508-15.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día 25-11-2015 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.