

Roj: **STSJ GAL 1980/2019 - ECLI:ES:TSJGAL:2019:1980**

Id Cendoj: **15030340012019101387**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **26/03/2019**

Nº de Recurso: **3770/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MANUEL DOMINGUEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## TRIBUNAL SUPERIOR JUSTICIA DE GALICIA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

**Tfno:** 981-184 845/959/939

**Fax:** 881-881133/981184853

**NIG:** 36038 44 4 2016 0002437

Equipo/usuario: MR

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0003770 /2018 CRS**

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000616 /2016

Sobre: OTROS DCHOS. LABORALES

RECURRENTE/S D/ña TECNICA OFIGESTION SL

ABOGADO/A: **CRISTINA ESTEVEZ PAZOS**

PROCURADOR:

RECURRIDO/S D/ña: Marisa

ABOGADO/A: JOSE BASANTA COLLAZO

PROCURADOR: MARIA FREIRE RODRIGUEZ-SABIO

**ILMOS/AS SRES/AS. MAGISTRADOS.AS**

D MANUEL DOMINGUEZ LÓPEZ

D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> ANTONIA REY EIBE

D<sup>a</sup> ISABEL OLMO PARÉS.

A CORUÑA, a veintiséis de marzo de dos mil diecinueve.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

**EN NO MBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**



## EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En el RECURSO SUPLICACION 0003770 /2018, formalizado por la letrado **Cristina Estévez Pazos**, en nombre y representación de TECNICA OFIGESTION SL, contra la sentencia número 208 /2018 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de PONTEVEDRA en el procedimiento PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000616 /2016, seguidos a instancia de TECNICA OFIGESTION SL frente a **Marisa** , siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D<sup>a</sup> **MANUEL DOMINGUEZ LÓPEZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** TECNICA OFIGESTION SL presentó demanda contra **Marisa** , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 208 /2018, de fecha veintidós de junio de dos mil dieciocho , por la que se estimó parcialmente la demanda.

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

PRIMERO.- Da **Marisa** vino prestando servicios para la empresa TECNICA OFIGESTION SL desde el 4 de mayo de 2012 con categoría profesional de Auxiliar Administrativa, hasta que fue objeto de despido objetivo por causas económicas notificado mediante carta de fecha 8 de julio de 2015. En la carta de despido se hace constar que la fecha de efectos del despido es la de 24 de julio siguiente. SEGUNDO.- Los servicios que Da **Marisa** venía prestando para TECNICA OFIGESTION SL eran los propios servicios de mediación entre los asegurados y las entidades aseguradoras. TERCERO.- En fecha 9 de junio de 2015 Da **Marisa** suscribió con la entidad Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros SA, un contrato de agencia de seguros exclusiva en virtud del cual entre la Compañía (Allianz) y el agente (Da **Marisa** ) se establecían las relaciones mercantiles contempladas en el núm. 1 de art. 13 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados . CUARTO.- Entre el 9 de junio de 2015 y 24 de julio de 2015, Da **Marisa** medió en su propio nombre en las contrataciones de seguros realizadas por nueve personas con la entidad aseguradora Allianz, ascendiendo las comisiones que en su caso hubiese percibido TECNICA OFIGESTION, de haber mediado en las contrataciones de las pólizas antes referidas, a la suma total de 277,04 euros. QUINTO.- En fecha 1 de diciembre de 2016 se tuvo por intentado y sin efecto acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por TECNICA OFIGESTION SL contra D<sup>a</sup> **Marisa** , debo condenar y condeno a la trabajadora demandada a abonar a la empresa la suma de 277,04 euros, por las comisiones dejadas de percibir en el periodo comprendido entre el 9 de junio y el 24 de julio de 2015.

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recurre la parte actora, TECNICA OFIGESTIÓN SL, la sentencia de instancia, que estimó en parte su demanda, solicitando la revocación de la misma y el acogimiento de sus pretensiones, para lo cual, en primer lugar y con amparo procesal en el art. 193.a) LRJS insta la nulidad de la resolución recurrida denunciando la infracción en la misma de los arts. 24 y 120-3 CE en relación con el art. 97.2 LRJS y con los arts. 217 y 218 LEC , motivo que desarrolla en dos apartados, el primero por falta de motivación y el segundo por incongruencia interna de la resolución recurrida, todo lo cual considera que le genera indefensión, argumentación que apoya en doctrina del Tribunal Supremo Sala primera de 20/10/1995 y 20/12/2006 y STCo 8/2/1993 y 14/10/2002 .

Sobre la nulidad de actuaciones son criterios generales a seguir los siguientes: 1.- La nulidad es un remedio extraordinario que atenta a los principios procesales de concentración, celeridad e inmediación que rigen el proceso laboral establecidos en el art. 74.1 de la LRJS y, de conformidad con el art. 238.3 de la LOPJ , procede la nulidad de los actos procesales cuándo se prescinda de normas esenciales del procedimiento siempre, que por esa causa se haya producido indefensión señalando el TC 2<sup>a</sup>, S 17-07- 1995, núm. 116/1995 , que "la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio



derecho o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales". En el presente caso no se observa ni se denuncia que previamente o durante el acto del juicio ni con posterioridad al mismo se hayan cometido irregularidades que hayan podido menoscabar el derecho de defensa de la parte actora.

2.- Es notorio que el recurso de suplicación es un recurso extraordinario que se da contra el fallo de la resolución recurrida, no contra la fundamentación de la misma, de igual modo tal y como señala la STS 30/6/2010 "no es válida la cita o mención genérica de un precepto extenso y complejo, que contenga en su seno disposiciones diversas, pues en tal caso es obligado identificar el extremo o extremos específicos del mismo que se consideren conculcados (por ejemplo, SSTS 22/07/91 -rec. 98/91 -; 14/06/94 -rcud 3559/93 -; y 28/04/06 -rcud 5177/04 ), defecto en que incurre la recurrente con la cita genérica de los arts. 217 y 218 LEC sin que se citen los apartados concretos de dichos preceptos que se estiman infringidos, así como que se citen preceptos de derecho material (CC) dentro de la argumentación cuando la denuncia es de índole procesal.

3.- Sobre la necesaria motivación de las sentencias es doctrina Constitucional reiterada, contenida entre otras en las SSTS 150/1993, de 3 de mayo y 119/1987 de 9 de julio la que señala que "No existe norma alguna en nuestras leyes de enjuiciamiento que imponga a priori una determinada extensión o un cierto modo de razonar. La motivación ha de ser suficiente y este concepto jurídico indeterminado nos lleva de la mano a cada caso concreto, en función de su importancia intrínseca y de las cuestiones que plantea sin olvidar la dimensión subjetiva del autor del razonamiento. En suma, ha de poner de manifiesto la "ratio decidendi" con una imprescindible coherencia lógica, al margen de la pureza estilística o del rigor de los conceptos".

Entrando en el análisis de los dos motivos de nulidad, relativos al contenido de la resolución recurrida, el primero por falta de motivación, se ha de señalar que la resolución de instancia cumple suficientemente con las exigencias del art. 97.2 LRJS tanto en su estructura como en su contenido así en el relato fáctico que la parte no discute sino que, como se verá posteriormente admite y solo pretende ampliarlo, se da cuenta suficientemente de los hechos que el juzgador de instancia considera precisos para resolver y en fundamentación jurídica dedica el primero de los fundamentos a establecer los medios de prueba de los cuales extrae el relato fáctico que fija en el anterior apartado, igualmente en los siguientes fundamentos se razona en relación a la actuación posterior al cese de la actora en la empresa y las actuaciones mientras duró el vínculo entre demandante y demandado, atendiendo a la testifical rendida en juicio -medio probatorio de exclusiva valoración del juzgador de instancia- y a la documental aportada por las partes y conforme a dicho resultado probatorio determina el importe del daño ocasionado a la recurrente y fija la indemnización a su favor, por lo tanto podrá considerarse escueta la fundamentación mas no insuficiente y en ningún caso arbitraria como de modo inaceptable tacha la recurrente dicha resolución, en consecuencia dicha argumentación sobre la nulidad de la resolución de instancia se rechaza.

En cuanto al segundo motivo de nulidad, incongruencia interna, dicha incongruencia la predica la recurrente del hecho de que fijado el periodo de trabajo en el cual la actora, por así decirlo "trabajó para sí misma", entiende que la resolución de instancia debió concluir con la condena a la devolución a la actora de los salario, indemnización por despido objetivo y cotizaciones realizadas por el empleador, para lo cual estima que no es precisa la concurrencia de dolo ni culpa en la demandada, y que tampoco se condena al pago de los intereses de demora. El motivo no puede prosperar por cuanto, la incongruencia interna debería resultar de lo argumentado en la fundamentación jurídica y lo resuelto en la parte dispositiva y la comprobación de los fundamentos de derecho con lo fallado no evidencia incongruencia interna alguna, en sentido estricto, no obstante si ampliamos dicho concepto a los términos generales de la congruencia definidos de forma reiterada por la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, así las STCO 169/2013, de 7 de octubre y STC 142/1987, de 23 de julio con cita de la STC 20/1982, de 5 de mayo señalan que "la congruencia o incongruencia de una Sentencia ha de estimarse mediante la confrontación de la parte dispositiva con los términos en que en las demandas o en los escritos fundamentales del pleito se configuran las acciones o las excepciones ejercitadas. En suma, la prohibición de incongruencia extra petita impide al Juez o Tribunal alterar o modificar los términos del debate judicial, debiéndose ajustar al objeto del proceso, sin omitir la decisión sobre el tema propuesto por la parte, ni, por ello, pronunciarse sobre cuestión no alegada ni discutida, porque ello supone violar el principio de contradicción procesal en cuanto no se da a la parte la oportunidad de oponerse o discutir sobre el punto o puntos que sólo, y no antes, se deciden inaudita parte en la Sentencia . Como dijera la STC 29/1999, de 8 de marzo , la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos y fundamentos jurídicos que sustentan la pretensión>> y que <<En la medida, pues, en que la incorrección técnico- procesal incide en el derecho fundamental habrá que decidir sobre la vulneración que se denuncia en el recurso de amparo, vulneración que es ... claramente apreciable en este asunto, al haberse sustraído a la parte la posibilidad de contradecir u oponerse a una decisión sobre un tema no propuesto, siendo indudable la disparidad del contenido de la Sentencia con la petición concreta formulada en el recurso", esta doctrina es recogida de modo expreso en la reciente STS de 23/01/2019 y con



anterioridad de forma reiterada en STS 19/7/2017 con cita de las STS de 21 de marzo y 23 de diciembre de 2002 ( recurso 2145/01 y 332/02 ), 18 de julio de 2003 ( recurso 3891/02 ), 27 de octubre y 18 de noviembre de 2004 ( recurso 4983 y 6623/03), señalando esta última sentencia que "El Tribunal Constitucional viene definiendo la incongruencia omisiva o ex silentio en una consolidada doctrina ( sentencia 91/2003, de 19 de mayo y 218/2003, de 15 de diciembre de 2.003 , entre otras muchas) como un 'desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido' ( SSTC 136/1998, de 29 de junio y 29/1999, de 8 de marzo ) que entraña una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando esa desviación 'sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurre la controversia procesal ( STC 215/1999, de 29 de noviembre ). Lo que en el supuesto de la incongruencia omisiva o ex silentio, que aquí particularmente importa, se produce cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales' ( SSTC 124/2000, de 16 de mayo , 186/2002, de 14 de octubre y 6/2003, de 20 de enero 2003/1401 )", pues bien la doctrina expuesta implica el rechazo del defecto que se imputa a la resolución de instancia por cuanto: a) En relación con la falta de pronunciamiento de condena al pago de los intereses de demora lo cierto es que tal petición no obra en el escrito de demanda y en el acto de juicio solo pide el abono de intereses del importe de la indemnización por despido, salarios y cotizaciones, por lo tanto como tales importes no le fueron otorgados en el fallo no existe incongruencia alguna por no dar intereses sobre cantidades concedidas para las que no fueron postulados dichos intereses; b) en cuanto a la alegada incongruencia por no concederse la devolución de salarios, indemnización y bases de cotización lo cierto es la estimación de la demanda en los estrictos términos en que se efectúa no implica incongruencia omisiva sobre tal pretensión sino que ha de entenderse desestimada tácitamente, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales' ( SSTC 124/2000, de 16 de mayo , 186/2002, de 14 de octubre y 6/2003, de 20 de enero 2003/1401 ). En consecuencia no incurre la resolución recurrida en los defectos procesales que se le imputan desestimándose el motivo del recurso en sus dos submotivos.

**SEGUNDO.-** Como segundo motivo de índole fáctica, al amparo en el art. 193.b) LRJS , se insta la revisión del relato histórico al objeto de que se introduzcan los nuevos ordinales 1º BIS), 4º bis), 4º ter), 4º quáter) y 4º quinquies) proponiendo para el PRIMERO BIS: "Dª Marisa percibió de su empleadora TECNICA OFIGESTIÓN SL indemnización por despido objetivo de 1667'20 € el día 24 de julio 2015 cuando ya actuaba como mediadora exclusiva de Allianz desde el día 9/6/2015. Además la demandada tras haber iniciado su andadura profesional como agente exclusivo de Allianz el día 9/6/115 fecha en la que era trabajadora de la demandante, percibió salarios brutos de TECNICA OFIGESTION SL de 790'32 € en el mes de junio de 2015 y de 611'86 € en el mes de julio de 2015. Asimismo, TECNICA OFIGESTIÓN SL abonó cotizaciones a la Seguridad Social por la trabajadora por importe de 297'16€ en el mes de junio y 297'16€ en el mes de julio de 2015 cuando la trabajadora ya operaba como mediadora de seguros exclusiva para Allianz con una clave abierta a su nombre en virtud de contrato mercantil", cita en su apoyo los f. 5, 73, 74,81, 84, 85. Se admite la adición que se pretende por cuanto así resulta de los documentos que se invocan que no han sido negados de contrario.

CUARTO BIS: "D. Plácido , D. Marcelino , Dª Bárbara , D. Ramón , D. Rogelio , Dª Adelaida , D. Rosendo . D. Salvador y Dª Alicia , contrataron sus pólizas de seguros con la demandada durante la vigencia de la relación laboral entre las partes. Don Marcelino era cliente de TECNICA OFIGESTION desde 2013, doña Bárbara era cliente de TECNICA OFIGESTION desde 2013, don Ramón era cliente de TECNICA OFIGESTION desde 2013, don Rogelio era cliente de TECNICA OFIGESTION desde 2010, doña Adelaida era cliente de TECNICA OFIGESTION desde 2002, don Salvador cliente de TECNICA OFIGESTION desde 2013 y doña Alicia era cliente de TECNICA OFIGESTION desde 2011. Todos estos clientes no son clientes de la recurrente en la actualidad ... El promedio de permanencia en TECNICA OFIGESTION SL de los referidos clientes que contrataron sus pólizas con doña Marisa durante la vigencia de la relación laboral era de 3 años tomando como base de cálculo los datos de permanencia en la empresa desde la contratación inicial acreditados en autos y dividiendo por el número de clientes captados en ese periodo por lo que la demandante reclama un



lucro cesante a la trabajadora de 831,12 EUROS en relación a los clientes captados durante la vigencia de la relación laboral, cantidad que resulta de multiplicar por 3 las comisiones dejadas de percibir"; cita en su apoyo los f. 31 a 33, 244 a 246 y el pendrive del f.173 f. 251 a 281 y 36 a 71. Se rechaza la adición por cuanto en el ordinal cuarto ya se hace referencia a las nueve pólizas contratadas por la demandada mientras prestaba servicios para la actora, aunque sin identificar nominalmente, pero correspondiendo la propuesta con cinco de los testigos que acudieron a juicio, igualmente resulta que en las pólizas concertadas con REALE el mediador no es el actor sino SEGURLINE SL, por lo que la propuesta es contradictoria con dichos documentos, siendo la cuantía de lucro cesante una determinación valorativa de la parte recurrente exenta de prueba y que no resulta de los documentos que se invocan pues el f. 280 es un documento elaborado por la propia parte recurrente y carente de valor probatorio.

CUARTO TER: "Las aseguradas D<sup>a</sup> Alicia y D<sup>a</sup> Adelaida acudieron a la oficina de la mercantil TECNICA OFIGESTIÓN SL en los meses de junio y julio de 2015 respectivamente para renovar sus pólizas donde las atendió la empleada D<sup>a</sup> Marisa la cual las cambio de mediador de seguros desviándolas a la clave que esta se había abierto en ALLIANZ, sin informarles de que ella sería la agente de la póliza en vez de su correduría habitual, la mercantil TECNICA OFIGESTIÓN SL"; cita en su apoyo los f. 31 a 34, 228, 229, 244 a 246 y 280, así como testifical. Se rechaza la adición por cuanto, la testifical no es medio admisible para revisar en suplicación ( art.193.b y 196.3 LRJS ), la declaración ante otro juzgado no constituye documento hábil sino se trata de testifical documentada, igualmente las valoraciones del f. 280 son documento de parte carente de valor probatorio, en consecuencia se rechaza la adición propuesta.

CUARTO QUARTER: "Consta acreditado en autos mediante oficio aportado de VODAFONE las llamadas efectuadas por la demandada desde el numero NUM000 a los teléfonos personales de los clientes de TECNICA OFIGESTIÓN SL en el periodo de 23 de marzo de 2016 a 21 de noviembre de 2016 que son las siguientes (...siguen cinco páginas con 70 números de teléfono). Se aprecia como en el oficio recibido de Vodafone con el listado de llamadas efectuadas por la demandada figuran contactados telefónicamente por D<sup>a</sup> Marisa clientes de TECNICA OFIGESTIÓN que no contrataron pólizas con D<sup>a</sup> Marisa pues no figuran en las pólizas remitidas por Allianz y además en las listas de clientes aportadas por la empresa se aprecia como la mayoría siguen siendo lo de la demandada (... Siguientes nombres de clientes). Por tanto con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo, la demandada empleando para ello las listas de clientes de la mercantil TECNICA OFIGESTIÓN SL se apropió contactándolos a sus teléfonos móviles personales de los siguientes clientes de la demandante (siguen nombres de clientes...). Por estos clientes percibió la demandante las siguientes comisiones (...siguen hasta 33 nombres con número y naturaleza de la póliza así como la comisión). Todo ello hace un total de 1483'47 € de comisiones. El promedio de fidelidad de estos clientes en TENCIA OFIGESTIÓN SL tomando los datos de permanencia en la empresa desde la contratación inicial acreditados en autos y dividiendo por el número de clientes es de 6 años en base a lo que la parte actora reclama un total de 8.900'32 € por lucro cesante por clientes captados tras la finalización de la relación laboral. Asimismo, la demandante reclama en concepto de perdida de cartera en ALLIANZ según documentación oficial de ALLIANZ la cantidad de 11.666'09 €"; cita en apoyo de tal propuesta los f. 283 al 491 y 260, 267, f. 493 a 604, f. 248 a 250.

No se transcribe la totalidad de datos de la propuesta ya que no se admite la adición que se pretende por cuanto, de una parte, la propuesta se funda en un documento que no determina que sea la demandada la titular de las dos líneas telefónicas para las cuales se emite la relación de llamadas, la titularidad del número que se indica en el encabezado de la propuesta es negada por la demandada en el escrito de conclusiones de valoración de la prueba; de otra la propuesta que se efectúa es el resultado de unas conclusiones interesadas de la parte proponente, valoraciones personales de la misma imputando las llamadas a la demandada lo cual no resulta de dicho documento, conclusiones como "la demandada empleando para ello las listas de clientes de la mercantil.." están exentas de prueba y no resultan de dichos documentos, igualmente se citan documentos elaborados por la propia parte (f.601 a 604) que evidentemente carecen de todo valor probatorio, en consecuencia se rechaza la adición fáctica que se pretende.

CUARTO QUINQUIES: "La concertación de pólizas en Allianz por la demandada cesa tras la recepción de la papeleta de conciliación del SMAC en el mes de noviembre de 2016 según indica el oficio remitido por la propia aseguradora ALLIANZ. En esa misma fecha cesa en su contrato de arrendamiento verbal de despacho en Cubik Gestión Inmobiliaria y Seguros desde donde remitió a su ex empleadora 7 fax de no renovación de seguros de clientes de la demandante, en concreto de D. Damaso , D<sup>a</sup> Otilia , D. Donato , D<sup>a</sup> Pura , D. Eloy , D<sup>a</sup> Rebeca , D. Everardo . En ese mismo mes cesan también las llamadas efectuadas por la demandada a los clientes de la demandante según indica el oficio aportado por Vodafone del número NUM000 con el que operaba la demandada"; cita en apoyo de la propuesta los f. 90, 123 a 127, 173, 286 a 417, 612, 613, 234 a 243.

Se rechaza la adición por cuanto se trata de conclusiones valorativas de la parte recurrente, así el cese en la concertación de pólizas a partir de la fecha de recepción de la papeleta de conciliación, no consta cuando la



demandada recibió dicha papeleta y de la certificación de Allianz no puede deducirse que se produjera el cese en la actividad de la actora, de otra, resulta intrascendente la remisión de los faxes desde las instalaciones de otra empresa que también se dedica a la mediación de seguros, por lo tanto la adición no resulta útil para resolver.

**TERCERO.-** En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 193.c) LRJS , denuncia la infracción por inaplicación de art. 5.a ) y d ); art. 20 y 21 todos de LET, en relación con los arts. 7 , 1101 , 1104 , 1106 , 1107 , 1258 y 1895 todos ellos del CC , y la doctrina que cita contenida entre otras en la STS Sala 1<sup>a</sup> de 20/12/2006 y Sala 4<sup>a</sup> de 14/11/2007,y sentencias de diversos Tribunales Superiores de Justicia y, como si de una apelación se tratara, se desarrolla la denuncia en apartados relativos a infracción de la normativa referida al deber de buena fe; sobre la "restitutio in integrum", sobre los intereses, sobre el enriquecimiento injusto, para terminar, bajo un epígrafe de fundamentos de derecho, con la cita de la normativa ya indicada previamente, jurisprudencia sobre la necesaria motivación de la sentencia, sobre el art. 1101 del CC , sobre el art. 1106 cc sobre la indemnización de daños y perjuicios a la empresa, sobre el deber de no concurrencia desleal, sobre la cuantificación de daños y perjuicios y sobre el enriquecimiento injusto, solicitando la estimación de la demanda inicial y se condene a la demandada a abonar una indemnización de 25.324'38€ y subsidiariamente a una indemnización de 5.034'51 € por los daños y perjuicios causados en el periodo fijado por la Juzgadora de instancia del 9 de junio al 25 de julio 2015.

1.- El deber de buena fe en las relaciones de trabajo, efectivamente aparece recogido en las normas que se invocan del estatuto de los trabajadores y del relato fáctico, ordinal cuarto de probados se acredita que la demandada mientras regía la relación laboral efectuó competencia desleal con su empleador al contratar como mediadora de seguros, actividad a la que se dedica su principal, hasta nueve pólizas de seguro lo que implica que su principal ahora demandante ha dejado de percibir la parte de prima correspondiente a las mismas por importe de 277'04€, y efectivamente ello podría haber conllevado al ejercicio por parte del empleador de las facultades disciplinarias con la posible sanción de despido de la demandada, ahora bien, esta actuación patronal no se llevó a cabo y lo que no cabe ahora es enjuiciar desde tal óptica aquella conducta para imponer a la demandante los efectos del despido no producido por extemporaneidad de tal medida, en todo caso y porque: a) en relación con los salarios de dicho periodo los mismos le son debidos ya que si bien (vista la grabación del juicio) se dice que apenas trabajó por cuanto se hallaban negociando la extinción del contrato lo cierto es que la falta de ocupación durante la vigencia del vínculo no es responsabilidad del trabajador sino del empleador y si, como parece normal, durante dicho tiempo se prestaron servicios aunque fueran de escasa entidad por los mismos la demandada debe ser retribuida en todo caso por lo que no cabe, por aquel incumplimiento establecer la perdida de salarios no debiendo olvidarse que incluso en vía sancionatoria (ejercicio del poder disciplinario por el empleador) no son admisibles las multas de haber a lo que equivaldría la propuesta de la parte actora; b) en cuanto al reintegro de la indemnización por el despido objetivo generado por la parte recurrente tampoco es admisible dicha consecuencia, ya sea porque tal indemnización fue un acuerdo entre las partes (alegato de la demandada) ya sea porque en puridad es una decisión de la parte actora impuesta a la ahora demandada sin que se acredite error, dolo, violencia o intimidación en tal decisión por parte del ahora recurrente, en consecuencia dicha pretensión devolutiva tampoco es aceptable; c) en cuanto a las cotizaciones de seguridad social se ha de rechazar la pretensión de devolución de las mismas en aras a la obligatoriedad establecida en los arts. 103 y 104 Ley General de la Seguridad Social 1/94 vigentes a la fecha de extinción de la relación laboral, en relación con el art. 6 y concordante del RD 2064/95 de 22 de diciembre sobre cotización a la seguridad social, en consecuencia no es admisible la pretensión de devolución del importe de las cotizaciones correspondientes al tiempo de trabajo de la demandada para la parte recurrente; d) Por último señalar que en la resolución de instancia no solo no se deja constancia en el relato fáctico de la apropiación de lista de clientes por parte de la demandada sino que en sede jurídica se afirma la falta de prueba al respecto, extremo que en esta alzada tampoco se ha podido constar. De todo lo razonado aparece con claridad meridiana que, ha existido por parte de la demandada una vulneración de su deber de buena fe y no concurrencia con su empleador en el periodo indicado (art. 5.1-a) y d) y art. 20 LET) y que tal incumplimiento ha de considerarse como doloso toda vez que es libre y voluntariamente decidido por la demandada, por lo que viene obligada a indemnizar a la parte actora en los daños y perjuicios ocasionados que efectivamente vienen constituidos, en primer lugar por le importe reconocido en instancia relativo al valor de la prima que corresponde al mediador del seguro frente a la Compañía aseguradora, cuyo importe no ha sido discutido, ahora bien en la demanda no se han establecido bases para determinar otra cuantía superior y si a ello se adiciona quelas pólizas contratadas en tal periodo (9 de junio a 24 de julio) lo son con personas vinculadas a la demandada - familiares y conocidos, extremo con valor fáctico constatado en sede jurídica de la resolución de instancia en su fundamento de derecho tercero-, lo cierto es que lo previsible es que dichos contratos se hicieran en atención a la demandada y no al empleador por lo que el perjuicio ocasionado no puede valorarse en el importe que subsidiariamente se reclama -cuya cuantificación no se explica- sino como máximo en un 20% del valor de aquellas primas, por cuanto, entendemos que tal actuación es contraria a aquellos principios de buena fe y diligencia, es dolosa



en tanto en cuanto es libre y voluntariamente decidida por la demandada - extremo en el que discrepamos de la resolución de instancia-, y en tal sentido estimamos el motivo incrementando en dicho porcentaje aquella indemnización allí fijada.

2.- En cuanto a la restitutio in integrum por pérdida de clientes fidelizados durante años el motivo decae por ausencia de base fáctica de tal reclamación pues no se ha podido constatar que la demandada se hubiera apropiado de las listas de clientes de la parte actora y que en base a dichos listados hubiese efectuado ofertas de captación a clientes de aquel, la coincidencia de clientes de la aseguradora ALLIANZ puede deberse a múltiples factores, entre los cuales no cabe descartar la localidad donde se ejerce la actividad de ambas partes, pequeña y de fácil conocimiento con relaciones interfamiliares y de amistad que generan la posibilidad de ofertar servicios, incluso cabe la posibilidad de acceso a clientes existentes o futuros de bases de datos de las propias aseguradoras, por lo tanto no es admisible deducir la existencia de un hecho que podría ser incluso sancionable penalmente de meras coincidencias o especulaciones,, por lo que el concepto denunciado debe quedar restringido en su aplicación a los contratos del apartado anterior.

3.- En cuanto a los intereses la realidad es que en la demanda rectora de los autos no se han solicitado, lo que si se hizo en alegaciones en el acto de juicio sin la oportuna oposición por la parte demandada por lo que se ha de entrar en el análisis de dicha cuestión desestimando el devengo de los mismos por cuanto no existe una cantidad líquida y determinada de cuyo pago se haya incurrido en mora ( art. 1108 CC ) por lo que siendo la resolución judicial la que determina la deuda es a partir de la misma cuando surge el devengo de intereses, más de índole procesal del art.576 LEC , que no son los aquí reclamados y que por imperativo legal se devengan directamente de no haberse cumplido la resolución de instancia, por lo que dicho motivo en los términos planteados decae.

4.- En cuanto al enriquecimiento injusto la parte lo centra en el cobro de la indemnización por despido objetivo, más tal y como ya se ha indicado tal indemnización se le abona por la extinción del contrato de trabajo cuestión ajena a la conducta de la actora y es una indemnización derivada de la decisión patronal de extinguir dicho contrato, en consecuencia, no cabe predicar de la percepción de la misma ningún enriquecimiento injusto pues la misma corresponde a una indemnización tasada en atención al tiempo de servicios prestados y previa decisión patronal, por lo que el motivo se ha de desestimar.

5.- Por último en cuanto a la jurisprudencia que se invoca, se ha de señalar que no constituye fuente del derecho ( art. 1 CC ) la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, sino solamente la que de forma reiterada establece el Tribunal Supremo de acuerdo con el art. 1.6 CC ), debiendo señalarse que la doctrina sobre materia de despido no es aplicable al presente supuesto por cuanto los incumplimientos contractuales del trabajador son sancionables por el empleador mientras se halla vigente la relación laboral de modo que la falta de ejercicio de la facultad disciplinaria no habilita para posteriores reclamaciones indemnizatorias al trabajador en base al desconocimiento patronal de tales incumplimientos por cuanto extinguida la relación laboral no cabe el ejercicio retroactivo de tales facultades, el art. 20 LET atribuye al empleador la dirección y control del trabajo y las deficiencias en dicho control no justifican la reclamación de perjuicios una vez extinguida la relación laboral para retrotraer la vigencia del contrato.

Por las razones expuestas se revoca en parte la resolución recurrida en los términos indicados en el apartado primero de este fundamento desestimando en el resto el recurso formulado.

**CUARTO.-** La estimación parcial del recurso conlleva la devolución del depósito constituido para recurrir ( art. 204.4 LRJS ), todo ello sin constas ( art.235 LRJS )

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **fallamos**

Que estimamos en parte el recurso de suplicación formulado por TECNICA OFIGESTIÓN SL contra la sentencia dictada el 10/7/2018 por el Juzgado de lo Social N° 2 de PONTEVEDRA en autos N° 616-16 sobre INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS contra Marisa y con revocación parcial de dicha resolución condenamos a la demandada a que abone a la actora la suma de trescientos treinta y dos euros con cuarenta y cinco céntimos de euro (332'45 €), desestimando en el resto el recurso formulado.

**MODO DE IMPUGNACIÓN :** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:



- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 35 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 \*\*\*\* ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.