

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª). Sentencia núm. 618/2008 de 8 julio

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 2098/2008

Ponente: Ilma. Sra. maría Begoña Hernani Fernández

RSU 0002098/2008

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.5

MADRID

SENTENCIA: 00618/2008

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO SOCIAL-SECCION 5ª

MADRID

Sentencia nº 618/2008

Ilmo. Sr. D. Juan José Navarro Fajardo

Presidente

Ilma. Sra. Dª Begoña Hernani Fernández

Ilmo. Sr. D. José Ignacio de Oro Pulido Sanz

En Madrid, a ocho de julio de dos mil ocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A N º 618/2008

En el recurso de suplicación nº 2098/2008, interpuesto por DOÑA D. , representada por la Letrada

Dª María del Pilar Diez García contra la sentencia nº 404/2007 dictada por el Juzgado de lo Social Número 1 de los de Madrid, en autos núm. 1113/2007, siendo recurridos A.T.E., SAU y TELEFONICA DE ESPAÑA SA, representados el primero por la Letrada Doña Tania Herrero Belaustegui y el segundo por el Letrado Don Álvaro Sánchez Fernández, ha actuado como Ponente el Ilma. Sra. Dª Begoña Hernani Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Social de procedencia tuvo entrada demanda suscrita por

DOÑA D. contra T.E. ,SA Y A.T.E., SAU, en reclamación de DESPIDO, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio, se dictó sentencia con fecha tres de diciembre de dos mil siete , en los términos que se expresan en el fallo de dicha resolución.

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como HECHOS PROBADOS, se declaraban los siguientes:

PRIMERO.- La parte actora presta servicios profesionales indefinidos para la empresa A.T.E., SAU, con la antigüedad de día 15.11.01, la categoría profesional de Gestor Telefónico y percibe un salario mensual, con prorrateo de pagas extraordinarias, de 946,08 euros.

SEGUNDO.- La parte actora no ha ostentado representación legal o sindical de los trabajadores.

TERCERO.- El día 07.12.05 la actora entró en situación de excedencia por tiempo de un año para el cuidado de un hijo. Dicha situación fue objeto de prórroga hasta el 30.09.07.

CUARTO.- El 24.08.07 la actora solicitó la reincorporación a partir del 01.10.07, acogándose al mismo tiempo al derecho de reducción de jornada para el cuidado de hijo menor de seis años. La jornada que hacía la actora era de 35 horas semanales, con horario de 09:00 a 16:00; y la reducción de jornada situaba la semanal en 25 horas, con horario de 10:00 a 15:00 horas.

QUINTO.- Mediante carta fechada el 24.08.07 y recibida por la actora el 20.09.07, la empresa le respondió que no existía puesto o vacante de igual o similar categoría, por lo que no podía ser aceptada su petición de ingreso.

SEXTO.- T.E., SA, es la empresa cliente de A.T.E., SAU, la cual desempeña su cometido en la campaña o plataforma correspondiente a contrato de arrendamiento de servicios celebrado por ambas mercantiles, en cuyo ámbito se sitúa el desarrollo del trabajo de la parte actora.

SEPTIMO.- La parte actora presentó papeleta de conciliación previa a la vía jurisdiccional el día 27.11.06, celebrándose sin avenencia el intento conciliatorio el 15.12.06.

OCTAVO.- En el intento de conciliación judicial inmediatamente anterior al acto de juicio, A.T.E., SAU, ofreció a la actora la reincorporación en su puesto de trabajo de la misma categoría y con la jornada reducida solicitada por la demandante, aunque en centro de trabajo distinto. La actora rechazó el ofrecimiento, que fue reiterado en el acto de juicio.

TERCERO.- En dicha sentencia se emitió el siguiente FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por D. , absuelvo de sus pretensiones a las empresas T.E., SA, y A.T.E., SAU.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por DOÑA D., siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso el pase de los mismos al Magistrado Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en suplicación ante esta Sala, por la representación legal de la parte actora, la sentencia de instancia que desestima la demanda promovida por despido, absolviendo a las demandadas, solicitando en un doble motivo la revisión de los hechos probados y el examen del derecho aplicado.

Al amparo del art. 191b) LPL solicita la recurrente la adición al hecho probado octavo de un

párrafo final con el siguiente tenor literal: "pues la empresa no ofrecía el abono de cuantía alguna por los salarios de tramitación desde la fecha del despido" interesando tal adición la que recurre pese a reconocer que no se trata de una cuestión fundamental sobre el fondo del asunto, queriendo aclarar la postura que en su día mantuvo rechazando el ofrecimiento.

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.

En el caso que se examina, la adición solicitada no puede tener favorable acogida dado que se apoya en el acta de la vista, documento no hábil para sustentar la modificación revisoria, tal y como recoge la jurisprudencia dictada al efecto, sentencias entre otras del TSJ de Madrid 3-10-1989 que dice, "Extremos ambos a desestimar al no venir amparados en adecuados medios revisorios que permitan la mutación ejercitada, ya que como reiteradamente ha declarado la doctrina del Tribunal Central de Trabajo, no es eficaz medio revisorio los extremos que constan en el acta del juicio -sentencias de 26 de noviembre y 18 de diciembre de 1985 (RTCT 1985/6458 y RTCT 1985/7023), entre otras-, máxime cuando dichos extremos hacen referencia a actuaciones verificadas en procedimiento distinto", careciendo por otra parte la citada adición de trascendencia para la resolución del pleito.

El relato de hechos probados queda por lo expuesto inmodificado.

SEGUNDO.- Bajo el correcto apoyo procesal, art.191 c) LPL ., se denuncia en el recurso la infracción por interpretación errónea del art. 46.3 ET .

Alega la recurrente que el Juzgador de instancia interpreta erróneamente el citado art. cuando recoge en el fundamento de derecho cuarto que la actora, no tenía derecho a la conservación de su puesto de trabajo, y el derecho privilegiado a la reserva de su puesto de trabajo solo tenía un año de duración, por expresa determinación legal. Consecuentemente, al exceder de un año su situación de excedencia, no disponía de más derecho que el de ocupación preferente, como cualquier otro excedente voluntario, pues asimila la excedencia por maternidad por un periodo superior a un año con la excedencia voluntaria , entendiéndose que, al presente caso, que la excedencia por cuidado de hijo, cuya duración se extendió a 22

meses, ha de aplicársele el régimen de las excedencias voluntarias, cuyo ingreso si esta condicionado a la existencia de puesto de vacante, puesto que el trabajador en tal caso conserva únicamente un derecho preferente al reingreso en las vacantes que existieran en aquel momento o que pudieran producirse a partir de entonces, discrepando con lo resuelto en la sentencia.

La cuestión aquí examinada está conectada con la causa de la excedencia disfrutada por la actora, pues el art. 46.3 del ET regula el derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para el cuidado de hijo, estableciéndose que "durante el primer año (el excedente) tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente". El derecho a la reserva en los términos establecidos por la norma estatutaria no conlleva aceptar que cuando se produce una respuesta del empresario a la solicitud del reingreso en el modo señalado en la demanda y en la sentencia de instancia, haya de entenderse que tal respuesta equivale (o constituye) a despido, pues resulta evidente que la voluntad del empleador no es la de resolver el contrato de trabajo, sino impedir por el momento la reconstitución del vínculo laboral porque cuando se cursa por el trabajador la solicitud del reingreso no hay vacante de igual o similar categoría que la desempeñada antes de pasar a la situación de excedencia. No puede calificarse como despido, en su sentido legal y estricto y sobre todo con los efectos legales que le son propios, si no se hace patente una decisión expresa o tácita de la empresa de extinguir la relación laboral con la ahora recurrente, pues una cosa es oponerse sin más al reingreso o sin aducir el motivo en que se ampare la negativa al mismo, y otra distinta no acceder a la reincorporación de la interesada indicando la razón impeditiva de su efectividad con base en circunstancias referidas a la existencia de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que si no es cierta o fundada, podrá neutralizarse por el excedente mediante la aportación de los oportunos medios probatorios que pongan de manifiesto la existencia real de un puesto de trabajo susceptible de ocuparse por éste, mas en el marco del procedimiento declarativo ordinario, no en el de despido, sólo concebido para los casos en que de la respuesta empresarial se deduce una voluntad resolutoria del contrato de trabajo, no para el supuesto en el que la efectividad de la reincorporación quede supeditada a la condición expresada en la norma.

En consecuencia, la acción que se ha ejercitado en el proceso no es la apropiada porque debería de haberse promovido para obtener la declaración del derecho a ser la demandante reincorporada a un puesto de trabajo de sus características profesionales, y no en calidad de despido nulo, luego hemos de decir que se da una inadecuación de procedimiento, pero esta conclusión no conlleva la declaración de oficio por la Sala de tal inadecuación.

Lo anteriormente expuesto pone de manifiesto que la empresa en ningún momento ha procedido al despido de la demandante, sino que en todo momento acepta la existencia de la relación laboral, sin voluntad alguna resolutoria de la misma, concluyendo con la desestimación del recurso y confirmando íntegramente la sentencia de instancia, sin expreso pronunciamiento en costas.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA D., frente a la sentencia de tres de diciembre de dos mil siete, del Juzgado de lo Social 1 de los de Madrid, dictada en autos 1113/2007, seguidos a instancias de la parte

recurrente contra T.E., SA, Y A.T.E., SAU en reclamación sobre DESPIDO, y en consecuencia debemos confirmar y CONFIRMAMOS la sentencia de instancia. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma solo cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219, 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral, advirtiéndose en relación con los dos últimos preceptos citados que el depósito de los 300,51 euros (50.000 pesetas) deberá efectuarse ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse en ella en su cuenta nº 2410 del Banco Español de Crédito, Oficina 1006 de la calle Barquillo nº 49, 28004- Madrid, por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, mientras que la consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por el recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la c/c nº 287600000020982008 que esta Sección Quinta tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Oficina 1026 de la Calle Miguel Ángel nº 17, 28010-Madrid, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.