



Roj: STSJ EXT 851/2014
Id Cendoj: 10037340012014100271
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Cáceres
Sección: 1
Nº de Recurso: 155/2014
Nº de Resolución: 271/2014
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: ALICIA CANO MURILLO
Tipo de Resolución: Sentencia

**T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL
CACERES**

SENTENCIA: 00271/2014

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIALCACERES

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax:927 62 02 46

NIG: 06015 44 4 2012 0301694

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000155 /2014

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000390 /2012 JDO. DE LO SOCIAL nº 003 de BADAJOZ

Recurrente/s: Rosana

Abogado/a: ANGELA RIVERA MONGE

Procurador/a: MARIA VANESA RAMIREZ CARDENAS FERNANDEZ DE AREVALO

Graduado/a Social:

Recurrido/s: Martin , ADMINISTRADOR CONCURSAL Romulo , Jose Ramón

Abogado/a: , , ,

Procurador/a: , , ,

Graduado/a Social: , , , ,

Ilmos. Sres.

D. PEDRO BRAVO GUTIERREZ

Dª ALICIA CANO MURILLO

Dª MANUELA ESLAVA RODRIGUEZ

D. JOSÉ GARCÍA RUBIO

En CÁCERES, a doce de Mayo de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA DE LO SOCIAL DEL T.S.J. EXTREMADURA, 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 Nº 271/14

En el RECURSO SUPPLICACIÓN 155 /2014, interpuesto por la Sra. Letrado D.^a ÁNGELA RIVERA MONJE, en nombre y representación de D.^a Rosana , contra la sentencia número 400 /2013 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de BADAJOZ en el procedimiento DEMANDA 390/2012, seguido a instancia de la recurrente frente a PROCONDAL PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES S.A , parte representada por el Sr. Letrado D. MANUEL BORREGO CALLE, ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, D. Jose Ramón , D. Martin , D. Andrés y FOGASA , siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D.^a ALICIA CANO MURILLO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D.^a Rosana presentó demanda contra PROCONDAL PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES S.A., la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, D. Jose Ramón , D. Martin D. Andrés y FOGASA , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 400 /2013, de fecha veintiocho de Agosto de dos mil trece .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: PRIMERO- Doña Rosana prestó sus servicios para PROCONDAL, PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES, S.A., en virtud. de contrato de trabajo desde el día 1 de abril de 2.003. con la categoría profesional de oficial administrativo de primera. Ello con un salario de 56,67 euros diarios, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias. SEGUNDO.- La empresa procedió a tramitar un Expediente de Regulación de Empleo en el curso del cual se acordó, con fecha de 24 de febrero de 2.012, la suspensión de varios contratos de trabajo entre los que se encontraba el de la actora, con el acuerdo de los representantes de los trabajadores, que fue registrado bajo el número ERE NUM000 en la UMAC de Badajoz con fecha de 1 de marzo de 2.012, al igual que posteriormente, el día 30 de marzo del mismo año, se acordó entre la empresa y la representación sindical de los trabajadores un ERE extintivo que afectaba a 12 trabajadores registrado en la UMAC de Badajoz bajo el número NUM001 con fecha de 4 de abril de 2.012, dándose por reproducidas las comunicaciones y las actas sobre los ERE tramitados, así como las resoluciones administrativas, que obran en las actuaciones. TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, la sociedad demandada procedió a extinguir la relación laboral que le unía a la citada trabajadora en fecha de 31 de marzo de 2.012, en los siguientes términos: "Estimado trabajador: Por la presente se le comunica que por la empresa y los Delegados de Personal de la misma, se ha alcanzado el acuerdo que se recoge en el acta de la reunión habido entre ambas partes, copia del cuál se le acompaña. En su caso queda usted afectado por extinción de contrato con efectos del día 31 de marzo de 2012, por causas económicas. Por ello se le informa que tiene usted derecho a percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio y, dada su antigüedad en la empresa, desde el 01/04/2003, y correspondiéndole un salario día, incluida parte proporcional de pagas extraordinarias de 56,67 euros, le corresponde una indemnización de 10.200,00 euros, salvo error u omisión. Con esta documentación puede usted dirigirse a los Servicios Públicos de Empleo, a fin de solicitar que le concedan la correspondiente prestación por desempleo. Se le entrega certificado de empresa y demás documentación para que pueda usted solicitar la prestación de Desempleo. Se pone a su disposición en nuestras oficinas, desde este mismo momento, la indemnización señalada, así como su liquidación y finiquito, cantidades que ascienden a 10.413,00 euros y que dado el momento de falta de liquidez de la empresa propiciado por las causas descritas en el acta que se acompaña, serán abonados mediante los pagarés cuyas cantidades y fecha de cobro se describen a continuación. Pagaré vencimiento importe

NUM002 2.000,00 euros 809.4 20/06/2012 2.000,00 euros

NUM003 2.000,00 euros 811.6 20/08/2012 2.000,00 euros NUM004 2.413,00 euros". CUARTO.- A resultas de la situación deficitaria y las pérdidas que sufría la empresa, PROCONDAL, PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES, S.A., fue declarada en situación de concurso voluntario de acreedores por Auto de fecha 10 de mayo de 2.012, dictado por el Juzgado de 1 Mercantil número 1 de Badajoz. QUINTO.- A la trabajadora no se le ha abonado la indemnización reconocida en la carta remitida como consecuencia del despido, del mismo modo que se le adeuda la cantidad de 1.140,08 euros del mes de diciembre de 2.011, 1.140,08 euros del mes de enero de 2.012, así como 911,66 euros por cada uno de los meses de febrero y marzo del mismo año. SEXTO.- La actora no ostenta la condición de representante laboral ni sindical de los trabajadores ni la ha tenido en el año anterior. SÉPTIMO.- Con fecha de 25 de abril de 2.012 la parte demandante interesó la

celebración del preceptivo acto de conciliación ante la UMAC, que se celebró el día 16 de mayo del mismo año, con el resultado de intentado y sin efecto."

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

"Que DESESTIMANDO la pretensión principal y ESTIMANDO, en parte, la acumulada, contenida en la demanda interpuesta por Doña Rosana contra PROCONDAL, PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES, S.A., la Administración Concursal, Don Jose Ramón , Don Martin , Don Andrés y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo DECLARAR Y DECLARO procedente la decisión extintiva del contrato de trabajo realizada por la parte demandada, del mismo modo que debo CONDENAR Y CONDENO a PROCONDAL, PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES, S.A., en Concurso de Acreedores, a que abone a la trabajadora la cantidad de diez mil doscientos euros (10.200 #) que corresponden por la indemnización por despido objetivo acordado en el Expediente de Regulación de Empleo. Del mismo modo, debo CONDENAR Y CONDENO a la citada empresa demandada a que abone a la trabajadora la suma de cuatro mil ciento tres euros con cuarenta y ocho céntimos (4.103,48 #), con los intereses moratorios fijados en la presente resolución. Así mismo, debo ABSOLVER Y ABSUELVO a Don Jose Ramón , Don Martin y Don Andrés de todos los pedimentos realizados en su contra. En cuanto al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, este organismo estará a la responsabilidad legalmente establecida para él."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D.^a Rosana , interponiéndolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos a esta Sala, tuvieron entrada en fecha 18-03-14.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día para los actos de deliberación, 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 declara procedente la decisión extintiva adoptada por la demandada, PROCONDAL, PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES, SA. con fecha 31 de marzo de 2012 , declarando el derecho a percibir la correspondiente indemnización por dicho despido objetivo, en la cuantía de 18.000 euros, a razón de veinte días de salario por año de servicio, así como las cantidades que se consignan en concepto de liquidación, absolviendo a las personas físicas demandadas de las pretensiones en su contra deducidas. Frente a dicha resolución se alza la parte actora vencida en la instancia interponiendo el presente recurso de suplicación, y en un primer motivo, con amparo procesal en el apartado b) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), solicita la revisión del relato fáctico declarado probado, en concreto del hecho probado primero y del quinto. Y las pretensiones que deduce no pueden llegar a buen puerto, en tanto en cuanto examinado los textos que propone añadir la recurrente incurre en ambos en el mismo error de tratar de introducir valoraciones y conclusiones jurídicas que no pueden acceder al relato fáctico de una sentencia, como son, en cuanto al hecho primero, el salario que debía percibir el trabajador en aplicación de las tablas salariales del Convenio Colectivo de la Construcción de Badajoz (DOE de 16 de junio de 2011), olvidando en cualquier caso que el convenio colectivo no es prueba hábil para sustentar la pretensión revisoria, pues como fuente jurídica en sentido propio y de derecho necesario conforme disponen los artículos 3.1.b) y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores , carecen de eficacia a efectos de revisión fáctica en suplicación. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, sentencias de 28 de abril y 12 de diciembre de 1990, doctrina seguida por las distintas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia . Y en cuanto al hecho probado quinto, lo que pretende es hacer constar las cantidades a las que, según la recurrente, ha de ser condenada la empresa por la declaración de improcedencia del despido y por los salarios que no han sido abonados. Tales cuestiones no son fácticas, sino jurídicas y su planteamiento en el recurso ha de hacerse no por el apartado b), sino por el c) del artículo 193 de la LRJS , mediante el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia que se hayan cometido en la sentencia de instancia. Así, nos dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2013, rec. 108/2012 que "las calificaciones jurídicas no tienen cabida entre los hechos declarados probados , y de constar deben tenerse por no puestas, siendo la fundamentación jurídica su adecuada -y exclusiva- ubicación" y las de 8 de febrero de 2010, rec. 107/2009 y de 11 de noviembre del mismo año, rec. 153/2009 que "Un motivo de este tipo no puede usarse para introducir calificaciones jurídicas predeterminantes del fallo".

SEGUNDO: En el segundo y tercer motivo de recurso (a los que por error los designa como tercero y cuarto), la disconforme, con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS , denuncia

la infracción por la resolución de instancia de los artículos 26, en relación con el 51 a 56 del Estatuto de los Trabajadores , Convenio Colectivo de la Construcción de Badajoz, artículos 34 , 35 , 36 y 44 , y tablas salariales publicadas en el DOE de 16 de junio de 2011, así como el artículo 17 del ET y 14 de la Constitución Española , 110 y 123 de la LRJS .

En cuanto a las cuestiones que suscita la recurrente esta Sala ya se ha pronunciado en sentencia, que ha adquirido firmeza, en asunto seguido por otro trabajador de la demandada, de fecha 27 de marzo de 2014 , Recurso de Suplicación número 67/2014, remitiéndonos a los razonamientos en ella empleados que consideramos suficientes para desestimar el recurso ahora interpuesto.

Así, como dijimos en el fundamento de derecho segundo:

<<(....) Se alega en el motivo que el salario que hay que tener en cuenta para el cálculo de la indemnización es superior al que se fija en la sentencia y en base al que se ha calculado la que establece en ella y que como la empresa no puso a disposición ni esa ni ninguna otra, el despido no puede declararse procedente porque no se ha acreditado falta de liquidez que impidiera hacerlo, con cita de los artículos 26 , y 51 a 56 del Estatuto de los Trabajadores y 110 y 123 de la LRJS .

No pueden prosperar tales alegaciones. En cuanto al salario a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización, como con acierto se razona en la sentencia recurrida, el que en ella se hace constar como abonado por la empresa es superior al que se fija en las tablas salariales que la recurrente dice de aplicación, por lo que ha de partirse del que en la resolución de instancia se señala como percibido por la trabajadora pues, como nos dice la STS de 25 de septiembre de 2008, rec. 4387/2007 ("el salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo circunstancias especiales", figurando entre tales circunstancias especiales la oscilación de los ingresos por pérdida anómala o injustificada de una percepción salarial no ocasional o de "carácter puntual") y aquí no consta ninguna de esas circunstancias especiales a las que se refiere el Alto Tribunal>>.

Y en el fundamento de derecho tercero razonábamos:

<< En cuanto a la puesta a disposición de la indemnización, alega la recurrente que el hecho de que no se haya abonado la indemnización es discriminatoria pero, aunque, a tenor del art. 124.13.a).3ª). LRJS el despido será nulo por los motivos recogidos en el art. 122.2, entre los que está que la decisión extintiva resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, aquí no existe indicio ninguno de esa discriminación ni en la decisión de despedir a la demandante ni en la falta de abono de la indemnización. En primer lugar porque no consta que a otros trabajadores se les haya abonado la indemnización y, en segundo lugar porque, aunque constara, tampoco aparece dato ninguno que permita suponer que esa diferencia de trato haya sido debida a alguna de las causas prohibidas en los arts. 14.1 de la Constitución o 4 y 17 ET .

También sobre la falta de puesta a disposición de la indemnización debida, es cierto que, como alega la recurrente, el art. 51.4 ET establece que, "alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el art. 53.1 de esta Ley " y que entre los requisitos que en ese precepto se establecen está el de "poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades" siendo también cierto que, en contra de lo que se razona en la sentencia recurrida, esa exigencia se mantiene en la comunicación del despido colectivo a los trabajadores afectados pues ninguna excepción se establece y así se mantiene, por ejemplo, en la sentencia del TSJ del País Vasco de 15 de enero de 2013 , que se cita en el motivo, pero también lo es que el mismo precepto nos dice que "cuando la decisión extintiva se fundare en el art. 52.c), de esta Ley , con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva" y que en este caso, aunque no se haga constar expresamente en los hechos probados de la sentencia, en el relato fáctico deben incluirse las afirmaciones que con tal carácter se realizan en los fundamentos jurídicos, según han entendido reiteradamente, tanto el Tribunal Supremo (Sentencias de 27 de julio de 1992 y 15 de septiembre de 2006), como los Superiores de Justicia (Galicia, en sentencia de 3 de noviembre de 2000 , de Cataluña en la de 16 de abril de 1996 , o este de Extremadura en las de 2 de junio de 2003 y 9 de marzo de 2005), declarándose en el cuarto de los fundamentos de la recurrida que "la situación de iliquidez de la empresa en el momento de la decisión

extintiva resulta acreditado con las certificaciones bancarias aportadas en autos respecto a la falta de fondos para hacer frente a su pago", con lo que se da la condición que la ley exige para eximir de la necesidad del requisito de que se trata para la procedencia de la decisión extintiva>>.

Expuesto lo anterior sólo nos resta, para confirmar la sentencia de instancia, dar respuesta al alegato de acumulación indebida de la acción de despido y reclamación de cantidades adeudadas que invoca la recurrida, alegaciones que hemos de desestimar porque como ya se pronunció esta Sala en sentencia de fecha 31 de octubre de 2012, dictada en recurso de suplicación 405/2012 :

<< Tal pretensión debe ser acogida, no tanto por lo que expone el recurrente del Preámbulo de la nueva Ley Procesal, Ley 36/2011 al que tan siquiera hemos de acudir, sino al tenor literal del artículo 26.3 de la LRJS , que dice textualmente que "El trabajador podrá acumular a la acción de despido la reclamación de la liquidación de las cantidades adeudadas hasta esa fecha conforme al apartado 2 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores , sin que por ello se altere el orden de intervención del apartado 1 del artículo 105 de esta Ley . No obstante ello, si por la especial complejidad de los conceptos reclamados se pudiesen derivar demoras excesivas al proceso por despido, el juzgado podrá disponer, acto seguido de la celebración del juicio, que se tramiten en procesos separados las pretensiones de despido y cantidad, para lo que dispondrá la deducción de testimonio o copia de las actuaciones y elementos de prueba que estime necesarios a fin de poder dictar sentencia sobre las pretensiones de cantidad en el nuevo proceso resultante". Y es claro que la parte actora lo que reclama es la liquidación de las cantidades adeudadas a la fecha de la decisión extintiva, acción acumulable a la despido, no constando que se dé el supuesto prevenido en el segundo inciso del precepto transcrito, y sin que a ello sea óbice el tenor del artículo 49.2 del ET , que alude a la obligación del empresario de comunicar junto con la decisión de extinguir un contrato la propuesta de documento de finiquito de las cantidades adeudadas, pues el incumplimiento de tal obligación por parte del empresario, daría origen a no poder reclamar lo adeudado de forma acumulada a la acción de despido, lo que carece de sentido y además no lo exige el precepto analizado. Si admitiéramos tal, siendo la deuda la misma, el trabajador podría reclamar acumuladamente si hay documento emitido por el empresario, aunque no estuviera conforme con dicha liquidación, y si éste incumple con dicha obligación no podría hacerlo. Y es que, precisamente, "liquidación" no es más, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que la "acción de liquidar" y liquidar se define a su vez como "Hacer el ajuste formal de una cuenta"(2), "saldar, pagar enteramente una cuenta" (3) y "Determinar en dinero el importe de una deuda" (12)>>.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS, el Recurso de Suplicación interpuesto por D.ª Rosana contra la Sentencia de fecha 29 de Agosto de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Badajoz , en sus autos nº 390/12 seguidos a instancia de la recurrente frente a PROCONDAL PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES S.A, ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, D. Jose Ramón , D. Martin , D. Andrés y FOGASA, por Despido Objetivo, y, consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia de instancia.

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

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.

Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en SANTANDER Nº 1131 0000 66 015514, debiendo indicar en el campo concepto, la palabra "recurso", seguida del código "35 Social-Casación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad ES55 0049 3569 92 0005001274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio "recurso 35 Social-Casación".

La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su



abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

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.

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

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

PUBLICACIÓN

En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ