

Recurso contra Sentencia núm. 2100/2011

Ilmo. Sr. D. F
 Presidente
 Ilma. Sra.
 Ilma. S'

En Valencia, a veinte de
 octubre de dos mil once



La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados citados al margen, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA N° 2893/2011

En el Recurso de Suplicación núm. 2100/2011, interpuesto contra la sentencia de fecha 25 de enero de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Alicante, en los autos núm. 1047/2010, seguidos sobre DESPIDO, a instancia de D. [asistido por el Letrado D. [contra el COLEGIO MAYOR UNIVERSITARIO ALICANTE, CAMPUS UNIVERSITARIO DE ALICANTE asistido por representado por la Procuradora Dª [y el FOGASA, y en los que es recurrente el demandado FUNDACION COLEGIO MAYOR UNIVERSITARIO DE ALICANTE, habiendo actuado como Ponente la Ilma. Sra. Dª

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida de fecha 25 de enero de 2011, dice en su parte dispositiva: "Que estimando la demanda planteada por D. [debo declarar y declaro la improcedencia de su despido el 16-9-10, condenando a la FUNDACIÓN COLEGIO MAYOR UNIVERSITARIO ALICANTE a estar y pasar por ello y a abonarle una indemnización de 36.121,59 €, sin perjuicio de las



responsabilidades legales del FGS, declarando extinguida en esta fecha la relación laboral entre las partes".

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "PRIMERO: D.

con ha prestado servicios para COLEGIO MAYOR UNIVERSITARIO ALICANTE, CAMPUS UNIVERSITARIO DE ALICANTE desde el 1-1-92, con la categoría profesional de telefonista - portero y un salario día de 44,43 € según convenio, en el centro de trabajo sito en la Universidad de Alicante (folios 33 a 35 y 37-40). SEGUNDO: El actor se encontraba en excedencia forzosa por ejercicio de cargo público, autorizado por sendas resoluciones de 25-11-03 y 21-12-07, con vigencia hasta el 9-11-2011 (folios 41 a 44). TERCERO: El 16-9-10 el actor tuvo conocimiento, a través de sus compañeros, de que la Fundación demandada iba a cesar en su actividad y que se les había comunicado su despido el 1-9-10 con efectos del 16-9-10. En la misma fecha, el actor solicitó información al respecto y que se le abonase la indemnización pertinente, contestándole la demandada el 13-10-10, en comunicación recibida el 20-10-10, que no le correspondía la indicada indemnización por hallarse en excedencia sin haber llevado a cabo su reingreso (folios 8-10, 52 y 54). CUARTO: El actor planteó conciliación ante el SMAC el 11-10-10, celebrándose el acto sin avenencia el 28-10-10. QUINTO: El actor no ha ejercido la representación legal ni sindical de los trabajadores en la empresa. SEXTO: EL COLEGIO MAYOR UNIVERSITARIO DE ALICANTE cesó sus actividades desde el inicio del curso académico 2010/11 por la reducción de los servicios residenciales. El Patronato de la Fundación Colegio Universitario de Alicante, en su reunión de 30-6-10, acordó proceder al cese de dicha actividad. El 21-9-10 se acordó extinguir la Fundación y abrir el procedimiento de liquidación (folios 47 a 51). SÉPTIMO: El actor figura en alta para el Consorcio Provincial del Servicio de Prevención de Incendios desde el 1-12-03, siendo su cargo actual de concejal del Excmo. Ayuntamiento de Alicante (folios 33 y 45 e interrogatorio actor). OCTAVO: El Patronato despidió a sus ocho trabajadores con ocasión del cierre del Colegio Mayor (folios 55 a 61)".

TERCERO.- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada FUNDACION COLEGIO MAYOR UNIVERSITARIO DE ALICANTE. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la parte demandada, frente a la sentencia que estimando la demanda del actor declaró la improcedencia del despido de 16-9-10, condenando a la recurrente a abonar al actor una indemnización de 36.121,59 €. El primer motivo del recurso se formula al amparo de la letra

b) del art. 191 de la LPL, solicitando, en primer lugar, la revisión del hecho probado segundo, para que se le adicione le siguiente texto, "...mediante las que se le reconoció, respectivamente, la excedencia forzosa y posteriormente su prórroga, para el desempeño del puesto de Colaborador de la Presidencia del Consorcio Provincial para el Servicio de prevención y Extinción de Incendios y Salvamento de Alicante", basándose en los folios 41 a 44.

De la documental en que se apoya el recurrente se desprende que las resoluciones concediéndole la excedencia forzosa obedecieron a solicitudes del actor en las que alegaba su nombramiento como colaborador de la presidencia del Consorcio Provincial para el servicio de prevención y extinción de incendios y salvamento de la Provincia de Alicante, por lo que en estos términos se admite la revisión.

2. En segundo lugar, interesa el recurrente la revisión del hecho probado séptimo, proponiendo texto alternativo en base a la prueba de confesión.

La revisión no puede admitirse, ya que por así disponerlo los artículos 191, b) y 194.3 LPL, en el recurso de suplicación la pretensión de que se revisen los hechos declarados probados por la sentencia de instancia no puede fundarse en la errónea valoración de la prueba testifical o de interrogatorio de parte (confesión judicial).

SEGUNDO.- En el segundo motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, se denuncia la infracción del art. 45.1-k) y 2 y, 46.1º, en relación con el art. 49.1k), todos del ET. Alega el recurrente que la excedencia exonera de trabajo y remuneración hasta que desaparece la situación que motivó la suspensión, siendo entonces y no antes cuando se reactiva la relación, que el derecho a reingreso no es absoluto sino supeditado al cese en el cargo público que motivo la excedencia forzosa y que tras ello el trabajador solicite el reingreso en el plazo de 30 días, por lo que en el presente caso no hay despido pues la relación está en suspenso y no se puede despedir a un trabajador que no está en activo, resultando adecuada la acción de despido.

El motivo se desestima, pues de los hechos probados se desprende que la demandada ha despedido a sus trabajadores con ocasión del cierre del Colegio Mayor, lo que constituye un despido tácito, pues desde el momento en que la demandada ha cesado la actividad, la readmisión del trabajador deviene imposible, por lo que el cierre empresarial constituye un despido tácito, y en consecuencia la acción ejercitada es adecuada, pues el despido es cualquier acto del empleador, sea expreso o tácito, que conlleve la ruptura del vínculo laboral y evidencie su intención de darlo por terminado, ante la que el trabajador puede reaccionar en los términos que permite el marco jurídico aplicable.



TERCERO.- 1. En el último motivo, redactado por el cauce de la letra c) del art. 191 de la LPL, se denuncia la infracción del art. 56.1.a), en relación con el art. 46.1, del ET. Sostiene el recurrente que en el cálculo de la indemnización por despido no cabe computar el tiempo pasado en excedencia, con cita del TS de 26-9-01, 30-6-07, cifrando la indemnización en 22.362,16.

2. El Tribunal Supremo en Sentencia de 26-9-01, rec. 4414/00, señala que "Como expresa la sentencia aportada como de contraste de este Tribunal de 30 de junio de 1997 (recurso 2698/96) "la doctrina ha sido ya unificada en casación para la unificación de doctrina; la sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1993 declara, respecto del cálculo de la indemnización correspondiente, que el módulo de cuarenta y cinco días de salario que establece el artículo 56.1 a) del Estatuto actúa sobre el tiempo de servicios prestados y no sobre la mayor antigüedad reconocida. Este criterio jurisprudencial tiene carácter consolidado, sin perjuicio de que haya un pacto o disposición en contra, que no es el caso, pues así se manifiesta en las sentencias de la Sala de 16 de enero y 30 octubre de 1984, 20 de noviembre y 17 de diciembre de 1985, 25 de febrero y 30 de abril de 1986, 5 de mayo, 2 de junio y 21 de diciembre de 1987, 28 de abril, 8 y 14 de junio de 1988, 24 de julio y 19 de diciembre de 1989 y 15 de febrero de 1990. También lo declaró así la sentencia de 27 de junio de 1991, aunque con la diferencia de que en el convenio colectivo aplicable se determinaba el cómputo, a todos los efectos, por la mayor antigüedad asignada en el contrato, procedente de servicios prestados en otros contratos anteriores, sin que se diera en el caso la responsabilidad por subrogación". Añade la expresada sentencia que "una cosa es el derecho al cómputo de la antigüedad en la excedencia forzosa, y otra la determinación del tiempo de servicios en la empresa a efectos del artículo 56.1 a) del Estatuto. Suspendido el contrato por la excedencia forzosa, ésta exoneró de las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo (artículo 45.2 del Estatuto). Esta doctrina, es lógica consecuencia de los términos en que se expresan los artículos 56.1.a) y 46.1 del Estatuto de los Trabajadores, en donde, el primero (al igual que los correspondientes preceptos referidos a la extinción de las relaciones laborales especiales) establece la indemnización a tenor de los "periodos de tiempo de servicio" y no de antigüedad, como también se hace en los artículos del mismo texto legal 53.1 b) (extinción del contrato por causas objetivas) y 51.8 (despido colectivo) y, el segundo (artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores) determina los derechos inherentes a la excedencia forzosa, que son conservación del puesto y cómputo de antigüedad y no de "tiempo de servicio", conceptos distintos como reiteradamente y desde antiguo matizó nuestra jurisprudencia. Así en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1984 señala que: "son conceptos diferentes, antigüedad en la banca y servicios en la empresa demandada, no equiparables entre sí"; la de 20 de noviembre de 1985, en donde se dice que la indemnización por despido se fija con arreglo a los años de servicio y no en base a la antigüedad en la actividad laboral sea cualquiera el empresario

a cuyo servicio estuviere; de 30 de abril de 1986 indicando que los conceptos antigüedad en la profesión y servicios profesionales son diferentes al no ser equiparable entre sí, dado que aquella refleja el tiempo de desempeño en la profesión, aún cuando se haga en distintas empresas, mientras que el de servicio profesional se concreta al del tiempo en el que el trabajador trabaja por cuenta y bajo la dirección de una empresa, sirviendo este último concepto para fijar la indemnización que le corresponde al trabajador cuyo despido sea declarado improcedente; y la de 21 de diciembre de 1987, en cuanto expresa que "hay que tener en cuenta la doctrina de esta Sala, establecida en sentencias de 13 de julio de 1982 y 16 de enero de 1984, que destaca la distinción entre antigüedad en una determinada actividad y servicios prestados en la empresa, diversidad que resulta, inequívocamente, de lo establecido en el art. 98 [hoy 104] de la Ley de Procedimiento Laboral que distingue la primera del número de días, meses y años de los segundos que el trabajador llevase prestando en la empresa, doble exigencia a la demanda por despido que no tendría sentido si en todos los casos significase lo mismo, criterio que se reitera en el art. 101.c) [hoy 107 c)] en el que se vuelve a mencionar la antigüedad y la concreción de los períodos de tiempo servicios; de donde la expresada doctrina deduce que mientras los servicios prestados en la empresa representan el tiempo durante el que se han realizado para la determinada entidad que viene obligada al pago de la indemnización a que se refiere el art. 56.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, los artículos 51.10 ó 53.1.b) de la misma Ley, aquella, la antigüedad, hace referencia al tiempo transcurrido en una determinada profesión".

3. Pues bien, aplicando la doctrina expuesta al presente caso, siendo la antigüedad del actor de 1-1-92, el salario diario 44,43€, y el inicio de la excedencia forzosa el 25-11-03, la indemnización asciende a 23.825,58€, calculada en 45 días de salario por año de servicio realmente prestado, excluyendo el periodo computado de antigüedad transcurrido en excedencia forzosa, procediendo la estimación parcial del motivo.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 LPL, se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución parcial de las consignaciones, en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas. Se acuerda la devolución del depósito prestado para recurrir.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre Fundación Colegio Mayor Universitario Alicante, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.2 de los de Alicante, de fecha 25-1-2011, en virtud de demanda presentada a instancia de
y, en consecuencia, revocamos parcialmente la sentencia



recurrida, en el sentido que la indemnización a abonar al actor por la recurrente asciende a 23.825,58€, confirmando en el resto la sentencia de instancia.

Se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución parcial de las consignaciones, en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas. Se acuerda la devolución del depósito prestado para recurrir.

Notifíquese la presente a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, con la advertencia de que quien no tenga la condición de trabajador, beneficiario del sistema público de la seguridad social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 300 € en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco Español de Crédito(Bancsto), cuenta número 4545, indicando la clave 35 y el número de procedimiento y el año. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en la misma cuenta, con clave 66. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

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

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido leída en audiencia pública por el/a Ilmo/a Sr/a Magistrado/a Ponente que en ella consta en el día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, doy fe.