

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL

BURGOS

**SENTENCIA: 00291/2010**

RECURSO DE SUPPLICACION Num.: 191/2010

Ponente Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María José Renedo Juárez

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA Nº: 291/2010

Señores:

Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María José Renedo Juárez

Presidenta

Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Magistrado

Ilmo. Sr. D. José Luis Rodríguez Greciano

Magistrado

Ilmo. Sr. D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero

Magistrado

---

En la ciudad de Burgos, a veintinueve de Abril de dos mil diez.

En el recurso de Suplicación número 191/2010, interpuesto por DOÑARuth , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Burgos, en autos número 883/2010, seguidos a instancia de la recurrente, contra, el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE BURGOS -SERVICIO MUNICIPALIZADO DE INSTALACIONES DEPORTIVAS, en materia de Despido. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> María José Renedo Juárez que expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 17 de febrero de 2.010 , cuya parte dispositiva dice: Desestimo las excepciones de litispendencia y prejudicialidad y desestimo la demanda interpuesta por D<sup>a</sup>Ruth contra el AYUNTAMIENTO DE BURGOS y, declarando que el 1-8-09 no se produjo ningún acto extintivo constitutivo de despido, absuelvo al demandado de todos los pedimentos de la demanda.

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: PRIMERO.- D<sup>a</sup>Ruth , D.N.I.NUM000 , ha prestado servicios para el demandado AYUNTAMIENTO DE BURGOS DESDE EL 1-6-02 CON LA CATEGORÍA DE Peón de Instalaciones Deportivas y con un salario de 1.296,72 euros mensuales con inclusión del prorrateo. Lo hacía en las temporadas de verano en las piscinas como indefinida discontinua. La temporada solía durar desde el 1 al 30 de septiembre aproximadamente. Prestó servicios hasta el año 2008 en un periodo aproximado de 712 días. SEGUNDO.- En virtud de resoluciones de 13-3-09 y 25-3-09 el Ayuntamiento declaró amortizada la plaza de la actora junto con la de otras 16 personas en igual o parecida situación. Dirigió carta a la actora en fecha 1-4-09 poniendo en su conocimiento dicha extinción. TERCERO.- La actora accionó por despido y por este Juzgado se dictó sentencia en fecha 16-7-09 en cuya virtud se declaraba que la amortización del puesto de trabajo no era ajustada a derecho, si bien se consideraba que no había despido, toda vez que la actora ocupaba puesto de trabajo en el propio Ayuntamiento desde el 3-12-08 que continuaba vigente a la fecha de la sentencia. CUARTO.- La parte actora interpuso frente a la sentencia recurso de Suplicación pidiendo la declaración de nulidad o improcedencia del despido y además la nulidad de actuaciones. Este recurso fue desestimado por sentencia del TSJ de 17-12-09 . La actora ha interpuesto frente a dicha sentencia recurso de casación en unificación de doctrina

con igual petición de la suplicación, recurso que se halla en trámite. QUINTO.- En fecha 24-7-09 la actora dirige al Ayuntamiento demandado escrito obrante al folio 14-7-09 en el que pide la reincorporación al puesto de trabajo entendiendo que, de no efectuarse el 1-8-09, se considerará despedida. SEXTO.- En fecha 25-8-08 formula reclamación previa contra ese autodenominado despido. El Ayuntamiento desestima dicha reclamación previa de forma expresa mediante resolución de 5-10-09. SEPTIMO.- Interpone demanda para ante este Juzgado el 21-9-09. Se señala acto de juicio para el día 18-11-09 que se suspende de mutuo acuerdo por las partes. Se hace nuevo señalamiento para el 21-12-09 con igual resultado. Se hace uno nuevo para el día de hoy que se ha celebrado con el tenor obrante en autos.

TERCERO.- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación Doña Ruth, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

CUARTO.- En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** De los artículos 191, b) y 194, 3 de la vigente Ley Procesal Laboral y de la que viene siendo su interpretación jurisprudencial pacífica, deriva la siguiente doctrina general, respecto al motivo de Suplicación consistente en la revisión de los hechos tenidos como probados de la Sentencia de instancia recurrida:

1) Que se debe señalar en el motivo, con una absoluta claridad, cual sea el concreto hecho o hechos probados de los que se pretende obtener su modificación, con detalle en su caso del particular párrafo que se quiere hacer objeto de la misma. Y si lo postulado es su eliminación o su sustitución por otro texto alternativo, debe entonces ser ofrecido en su redacción literal, lo mismo que si lo pretendido es adicionar al relato de hechos probados un determinado texto nuevo y particular, o añadir un completo hecho probado.

2) Debe igualmente indicarse con detalle, el concreto documento obrante en los autos, o bien la pericia practicada contradictoriamente en el acto de juicio oral, que, en opinión de la parte recurrente, sirvan de soporte a la revisión fáctica pretendida en el motivo, al ser estos los únicos medios de prueba que permite el artículo 191, b) de la LPL que pueden ser empleados para apoyar, en este particular trámite, una pretensión de revisión fáctica. De tal modo que no es dable una invocación genérica o inespecífica de la documental obrante en los autos (STS de 11-7-96). Y no siendo tampoco válida, a efectos de este recurso, la prueba de interrogatorio de parte, ni tampoco la prueba testifical; con independencia ello del eventual valor probatorio que, en ejercicio razonado de la función que le atribuye el artículo 97,2 de la norma procesal citada, le pueda conferir el juzgador de instancia.

3) Se tiene que tener en cuenta, en concreto respecto a la cita de documentos, lo siguiente: a) Que deben ostentar realmente tal cualidad los que sean señalados, de tal modo que no cabe basarse en el contenido de la prueba testifical o en el interrogatorio de partes (artículo 299,1, 1º Ley de Enjuiciamiento Civil), pues pese a que se encuentre resumen suficiente de las mismas en el acta de juicio -como obliga el artículo 89, 1, c), 1º de la Ley Procesal Laboral no pierden por ello su concreta cualidad probatoria (STS de 16-5-90), no transformándose por lo tanto en prueba documental; b) Además, el soporte documental que sirva de base al motivo, debe contener, inexcusablemente, una suficiencia probatoria, de tal modo que se desprenda claramente la modificación pretendida del mismo, sin que exista necesidad de tener que acudir a conjeturas, razonamientos añadidos, deducciones o elucubraciones (SSTS de 19-7-85 o de 14-7-95).

4) Dado el carácter de recurso extraordinario de la Suplicación, distinto de la Apelación (STC 18-10-93), no se puede pretender que se realice una nueva lectura, por parte de la Sala, de todo el material probatorio obrante, al no ser esa su función, que le viene normativamente atribuida al órgano judicial de instancia por el artículo 97,2 de la Ley de Procedimiento Laboral citada; ni por tanto, tampoco es admisible que sea este órgano judicial el que construya el recurso a la parte recurrente, pues ello iría en contra de su obligación esencial de imparcialidad, y vulneraría tanto el derecho a la defensa como a la contradicción de las demás partes personadas, con infracción del artículo 24,1 del Texto Constitucional (STS de 28-9-93).

5) Debe derivar claramente la modificación pretendida, sea de sustitución, de adición, o de eliminación, del apoyo útil alegado, sin necesidad de tener que acudir para ello a deducciones, elucubraciones o argumentaciones añadidas. De tal modo que se desprenda de ese apoyo probatorio señalado, de modo contundente y sin sombra de duda, tanto la nueva situación fáctica propuesta, como la pertinente y paralela equivocación del órgano judicial de instancia al alcanzar su propia convicción, que se pretende revisar.

6) Por último, se requiere que la modificación que se pide sea relevante a los efectos de la resolución de la causa, acreditando error, omisión o arbitraria interpretación de las pruebas por parte del Juzgador, de manera que lo pretendido no quede desvirtuado por otras probanzas que hayan podido ser consideradas por el Juzgador de instancia, de las que quepa deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, pues ante posibles contradicciones debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional, que actúa en el pleito de manera imparcial y objetiva frente a la parte; a su vez, no basta con aportar con la modificación una puntualización o matización, al ser preciso, como ya decíamos, que la revisión sea trascendente y de entidad suficiente para variar los hechos de la sentencia recurrida.

En el presente recurso se pretende adicionar en los hechos probados " que la actora en el año 2009 hasta el 23 julio 2009 prestó servicios de marzo 2009 a mayo 2009" así como al final del ordinal segundo que deberá

adicionarse " con efectos uno de junio 2009".

Se fundamenta para interesar estos extremos en los documentos obrantes al folio 32 y 74 de las actuaciones en los que consta el informe de vida laboral expedido por un organismo oficial y en los que consta que la actora en el año 2009 trabajo para el Ayuntamiento desde el 13 febrero al 15 mayo y por consiguiente se deduce que el uno de junio fecha de efectos del despido ni en la fecha de la sentencia 16 julio 2009 estaba prestando servicios para la demandada EN EL PUESTO DE TRABAJO DE PEÓN , QUE ES POR EL QUE OPERA LA ACCIÓN DE DESPIDO y objeto de enjuiciamiento en este proceso.

Siendo estos hechos fundamentales para la resolución del procedimiento procede estimar el recurso en dicho sentido .

**SEGUNDO** Se articula como nuevo motivo de suplicación al amparo procesal del artículo 191 a LPL la nulidad de actuaciones por entender que existe una litis pendencia respecto del procedimiento anterior infringiendo lo dispuesto en el artículo 222,410 y 421 de la ley de Enjuiciamiento civil y 158 de la ley de procedimiento laboral.

Reconoce el Tribunal Supremo la posibilidad de los denominados despidos ad cautelam del segundo despido realizado durante la tramitación del primero, que no constituye por sí mismo un reconocimiento o aceptación de la vigencia de la relación que extinguió el primero y que se configura por el contrario como una medida preventiva para el supuesto de que la primera decisión extintiva no gane firmeza como mera prevención de la incertidumbre derivada de la impugnación del primer despido y de las consecuencias del transcurso del tiempo sobre la vigencia disciplinaria de los hechos que motivan el segundo.

De modo que si con posterioridad la primera decisión extintiva gana firmeza, el segundo pierde incluso esa eficacia puramente cautelar y no puede declararse extinguido porque ya lo está de manera firme.

Y de no ser así el segundo despido despliega su eficacia propia sin perjuicio lo que resulte de su impugnación. Sentencias entre otras del Tribunal Supremo de 31 enero 2007, 12 febrero 2007, y 18 diciembre 2007 .

En el presente procedimiento que nos encontramos con una resolución que declara que la amortización del puesto de trabajo no es conforme a derecho pero que no se ha extinguido la relación laboral porque el actor sigue trabajando para la empresa aunque en otro puesto de trabajo diferente; sin embargo insta de nuevo la actora la acción por despido el uno de agosto del año 2009 por entender que no ha sido incorporada a su puesto de trabajo COMO PEÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE AMORTIZACIÓN DE DICHO PUESTO DE TRABAJO..

Así pues procede la desestimación de la excepción invocada de litis pendencia por los fundamentos expuestos procediendo entrar a conocer el fondo del recurso.

**TERCERO** Se resuelve por el Juzgado de instancia que no estamos ante un despido porque no existe una acción expresa del Ayuntamiento en tal sentido; entendiéndose que procede discrepar de dicho razonamiento por cuanto la actora no está prestando los servicios desde la fecha en la que se le comunica la extinción de su contrato .

Ante el informe de vida laboral , informe fehaciente de la TGSS, no impugnado, lo que se acredita es que a fecha de solicitar su reincorporación a su puesto de trabajo no está prestando trabajo alguno para el Ayuntamiento y por tanto lo que existe es un despido tácito ya que despedido de su puesto de trabajo y no reincorporado , sigue sin estar prestando servicios en dicho puesto, de peón indefinido discontinuo.

El Ayuntamiento demandado no incorpora a la trabajadora pese a la primera sentencia en la que se declara que sigue prestando sus servicios para la empresa y que no ha sido amortizada la plaza conforme a derecho.

Con lo cual , entrando a conocer ad cautelam , del fondo del asunto a fecha de 1-8-09 el trabajador no consta de alta en la empresa y por tanto se entiende que no prestando servicios en la misma ha sido despedido sin justa causa operando lo previsto en los arts. 55 y 56 del E.T. con los efectos legales inherentes a dicha declaración.

Así pues, procede adicionar los hechos declarados probados que se ha entendido en el recurso, desestimar la excepción de litis pendencia formulada y estimar el recurso y la demanda.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

## **F A L L A M O S**

Que desestimando la excepción de litis pendencia formulada y estimando el recurso interpuesto por DOÑA Ruth , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Burgos, en autos número 883/2010 , seguidos a instancia de la recurrente, contra, el AYUNTAMIENTO DE BURGOS -SERVICIO MUNICIPALIZADO DE INSTALACIONES DEPORTIVAS, en materia de Despido, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia y estimando la demanda debemos declarar y declaramos improcedente el despido habido el 1/VIII/2009, condenado a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a su elección a que readmita al trabajador en su puesto de trabajo de forma efectiva e inmediata o le indemnice en la cantidad de 13.939,74# s.e.u.o. más salarios de tramitación.

Notifíquese a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en los artículos 100 de la Ley de Procedimiento Laboral, 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y sus

concordantes y firme que sea la presente, contra la que cabe interponer recurso extraordinario de casación para la unificación de doctrina para ante el Tribunal Supremo dentro de los diez días siguientes de su notificación, devuélvanse los autos junto con testimonio de esta Sentencia, incorporándose otro al rollo que se archivará en la Sala, al Juzgado de lo Social de procedencia para su ejecución.

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

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.