



Roj: **STSJ ICAN 1532/2012 - ECLI: ES:TSJICAN:2012:1532**

Id Cendoj: **38038340012012100183**

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

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **12/04/2012**

Nº de Recurso: **280/2011**

Nº de Resolución: **267/2012**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ANTONIO DORESTE ARMAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 1532/2012,**
STS 3513/2014

En Santa Cruz de Tenerife, a 12 de abril de 2012.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dna. MARIA DEL CARMEN SANCHEZ PARODI PASCUA, D./Dna. ANTONIO DORESTE ARMAS y D./Dna. MARIA CARMEN GARCIA MARRERO, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm.0000280/2011, interpuesto por D./Dna. Anton , Patricia , Aurora , Leticia , Fidel , Moises , Carlos Manuel , María Purificación , Flora , Tamara , Delia , Penélope , Bibiana , Cayetano , Marina , Hugo , Amparo , Juana , María Milagros , Sabino , Ángel Daniel , Gema , Eladio , Justo , Marí Juana y Victoriano , frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social No 1 de Santa Cruz de Tenerife en los Autos No 0000852/2009 en reclamación de Derechos, siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dna. ANTONIO DORESTE ARMAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D./Dna. Anton , Patricia , Aurora , Leticia , Fidel , Moises , Carlos Manuel , María Purificación , Flora , Tamara , Delia , Penélope , Bibiana , Cayetano , Marina , Hugo , Amparo , Juana , María Milagros , Sabino , Ángel Daniel , Gema , Eladio , Justo , Marí Juana y Victoriano , en reclamación de Derechos siendo demandado D./Dna. EL CABILDO INSULAR DE LA PALMA y celebrado juicio y dictada Sentencia desestimatoria, el día 1 de julio de 2010 , y posterior Auto Aclaratorio de la Sentencia de fecha 7 de octubre de 2010, por el Juzgado de referencia.

SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes: 'PRIMERO.- Los trabajadores demandantes prestan servicios para el Cabildo Insular de La Palma, en el centro de trabajo Residencia de Pensionistas de La Palma, con las categorías profesionales y antigüedades que a continuación se detallan:

APELLIDOS

NOMBRE

Categoría profesional

Antigüedad



Marina

Camarera Limpiadora

05/05/1999

Marí Juana

A.T.S.

05/04/1997

Justo Cocinero

11/12/1981

Patricia

Camarera Limpiadora

13/05/1986

Eladio .

Ayudante de Cocina

07/04/1986

Gema

Camarera Limpiadora

29/11/2002

Ángel Daniel

Ordenanza motorista

20/03/1981

Anton

Ordenanza motorista

14/10/1981

Sabino

Ordenanza motorista

27/05/1985

María Milagros

Camarera Limpiadora

12/12/1981

Juana

Camarera Limpiadora

01/02/1989

Amparo

Camarera Limpiadora

01/07/2000

Moises Ayudante de cocina

01/07/1989

Hugo .

Médico

15/05/1988

Leticia



Auxiliar Enfermería

20/03/1993

Victoriano

A.T.S.

04/05/2001

Cayetano .

Ayudante

14/10/1981

Bibiana

Animadora

25/09/1989

Penélope

Ordenanza Conductor

14/12/1981

Delia

Camarera Limpiadora

12/12/1981

Tamara

Camarera Limpiadora

14/12/1981

Flora

Camarera Limpiadora

12/12/1981

María Purificación

Auxiliar Enfermería

09/07/1990

Carlos Manuel .

Ayudante

14/10/1981

Fidel

Ordenanza Motorista

01/05/1992

Aurora

Camarera Limpiadora

01/10/1995

SEGUNDO.- Los actores son personal transferido de la CCAA de Canarias en virtud del Decreto 196/2002 siendo de aplicación desde ese momento el Convenio Colectivo de personal laboral del Cabildo. TERCERO.- Cuando los actores eran personal de la comunidad autónoma les era de aplicación el III Convenio Colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias que establecía un complemento en especie en su artículo 46 b) 2: 'Los trabajadores afectados por el convenio que presten servicio en centros en los que exista media pensión o residencia y cuando su jornada coincida con la hora de la comida y/o cena, tendrán derecho como complemento en especie a una comida por día en que presten sus servicios. El tiempo invertido no se computará a efectos de jornada laboral.' CUARTO.- El día 30 de abril de 2.003 se firmó



entre el Cabildo Insular de La Palma y las Organizaciones Sindicales más representativas un Acuerdo de Equiparación y Homologación del personal laboral transferido de la Comunidad Autónoma de Canarias al Cabildo Insular de La Palma con los Decretos de Transferencia no 182/02 y 196/02 ambos de 20 de diciembre. El objeto de este Acuerdo es formalizar el acuerdo sobre equiparación salarial y homologación del personal laboral transferido por la Comunidad Autónoma de Canarias al Cabildo Insular de La Palma en virtud de los Decretos 182/2002 (servicios forestales, vías pecuarias y pastos, protección del medio ambiente y gestión y conservación de espacios naturales protegidos) y 196/2002 (servicios sociales especializados a personas mayores y minusválidos) ambos de 20 de diciembre, con el personal propio del Cabildo Insular de La Palma, con el fin de adecuar a la Administración receptora (Cabildo Insular de La Palma) al personal laboral que, con uno u otro status, prestaba servicios en otra Entidad Pública con un régimen jurídico y retributivo diferente. En la cláusula CUARTA del referido Acuerdo se establece lo siguiente: 'Durante 2003 se procederá a adecuar los conceptos retributivos a los existentes en el Convenio Colectivo del Excmo. Cabildo Insular de La Palma, no devengándose derechos por conceptos distintos a los previstos en dicho convenio.' QUINTO.- El 5 de noviembre de 2.008 la Consejera Delegada de Asuntos Sociales y Sanidad emite una instrucción con el fin de regularizar el servicio de comedor de la Residencia de Pensionistas de Santa Cruz de La Palma y 'se dispone que a partir de la presente, los alimentos que se sirvan en la Residencia de Pensionistas en Santa Cruz de La Palma, sean únicamente destinados al consumo de los residentes, lo cual se pone en conocimiento del personal a los efectos oportunos.' SEXTO.- Los demandantes reclaman el derecho a continuar percibiendo el complemento en especie consistente en el derecho a una comida por día en centros en los que exista media pensión o residencia y cuando su jornada coincida con la hora de la comida y/o cena por considerar que éste constituye condición más beneficiosa. QUINTO.- Se han interpuesto las preceptivas reclamaciones previas a la vía jurisdiccional que han sido desestimadas.'

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: 'Que desestimando la demanda de reconocimiento de derecho interpuesta por D. José Francisco Felipe Concepción, en su calidad de Letrado, en nombre y representación de los trabajadores relacionados en el encabezamiento de la demanda contra el CABILDO INSULAR DE LA PALMA, debo absolver y absuelvo al Cabildo demandado de las pretensiones de la parte actora.'

El Auto de aclaración de Sentencia con fecha 7 de octubre de 2010, acuerda aclarar el Hecho Probado Primero de dicha Sentencia que reflejaba: que el trabajador don Hugo ostentaba una categoría profesiona de médico y una antigüedad de 15-05-1988 cuando lo cierto es que dicho trabajador tiene una antigüedad de 15-05-1988 tal y como consta acreditado en Autos.

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D./Dna. Anton , Patricia , Aurora , Leticia , Fidel , Moises , Carlos Manuel , María Purificación , Flora , Tamara , Delia , Penélope , Bibiana , Cayetano , Marina , Hugo , Amparo , Juana , María Milagros , Sabino , Ángel Daniel , Gema , Eladio , Justo , Marí Juana y Victoriano , y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Senalándose para votación y fallo el día 23 de febrero de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ante esta Sala se interpone recurso de suplicacion por parte de la representación Letrada de los trabajadores contra la Sentencia de instancia que desestimó la demanda de los citados actores contra la Administración Local, en el sentido de que les denegó el derecho a continuar realizando una comida al día, en los centros en los que se dé a los residentes (Residencia de Pensionistas) cuando coincida con su horario laboral, denegacion que realiza en base a la no concurrencia de la condición más beneficiosa.

La representación procesal letrada de la citada representación lo articula en tres motivos, en los que intenta desmontar la argumentación de la Juez de instancia. Al efecto, agota las tres vías que ofrece el art. 191 LPL para recurrir la Sentencia: un motivo de nulidad, otro de revisión fáctica (conteniendo una sola propuesta revisoria) y un tercero de censura jurídica, cimentados respectivamente en los apartados a , b y c del citado art. 191 de la L.P.L ., motivos que -desde ahora se adelanta- van a conducir a que la Sentencia pueda ser revocada por esta Sala. Por la representación del Cabildo Insular de La Palma se impugnó el recurso de la parte actora.

SEGUNDO.- El motivo de nulidad denuncia el hecho de la denegación de determinada probanza testifical, alegando indefensión, que de entrada, debe la Sala repeler, sencillamente porque el anunciado sesgo favorable de la pretensión de la parte demandante hace que sea del todo punto estéril declarar la nulidad.

Al efecto, la recurrente senala la jurisprudencia constitucional (STCo. 40/86 , entre otras) limitativa de la potestad de la libre declaración de impertinente o inútil de la probanza testifical. Sin embargo, al actitud judicial no vulnera esta jurisprudencia, pues, desde el punto de vista material, justificando la denegacion de tal probanza, ya indica el acta del juicio que 'Su Señoría declara la improcedencia de la prueba testifical propuesta



por la parte actora, al tratarse de una cuestión jurídica, y declarando los testigos sobre cómo se llegó al acuerdo que se aplica, y no siendo este acuerdo objeto de debate, no se considera necesaria su práctica.'

Por ello, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 87.2 de la LPL que establece que la pertinencia de las pruebas y de las preguntas que puedan formular las partes será resuelta por el juez o tribunal, y que si el interesado protestase en el acto contra la inadmisión, se consignarán en el acta: la pregunta o la prueba solicitada, la resolución denegatoria, la fundamentación razonada de la denegación y la protesta, todo ello a efectos del correspondiente recurso contra la sentencia, a tenor de lo expuesto, esta parte considera que se encuentra debidamente razonado y motivado, por el juzgador de primera instancia, el motivo denegatorio de la necesidad de la práctica de prueba testifical propuesta por el ahora recurrente.

Y no se le ha ocasionado indefensión porque según, el mismo recurrente afirma, la presente litis versa sobre 'términos netamente jurídicos plasmados en un acuerdo, que no fácticos', por lo que resulta intrascendente el testimonio de dos testigos participantes en un acuerdo, que, además de no ser objeto de discusión, lo cierto es que la finalidad que expresa el recurrente para justificar dicha prueba queda valorada en la Sentencia de instancia por cuanto se recoge de manera literal en el Fundamento de Derecho Tercero: 'En dicho convenio no se ha regulado el complemento en especie siendo el espíritu que no se generara ningún derecho por conceptos distintos a los ya establecidos en el Acuerdo de Homologación y Equiparación.'

Como se vé, se han cumplido también los requerimientos formales legales para la denegación de la probanza, con lo que ni hay infracción procesal ni -aunque la hubiera habido- hay indefensión efectiva, además de la inutilidad de la nulidad, tal como antes se razonó.

En esta línea, este Tribunal ha razonado que en sus Sentencias de 9-02-09 y 31-01-08, que " Este Tribunal viene declarando en numerosas Sentencias (desde la ya aneja de la Sala de Las Palmas de 23-01-96, AS. 147 hasta las de esta Sala de Tenerife de 26-01-06 y 06-02-97) que profesa doctrina renuente a la nulidad, acorde con la jurisprudencia ordinaria (STS 26-09-84) y Constitucional (STCo 20-12-04) razonando que la nulidad es un remedio extraordinario que debe evitarse en lo posible, por el traumatismo procesal que conlleva, que choca con el principio de celeridad que preside el proceso laboral (art. 74 LPL), y, así esta Sala ha declarado que no sólo es preciso que se cometa una infracción procesal, sino que ésta debe ser grave y manifiesta y, muy especialmente, debe causar indefensión efectiva, conforme con lo que disponen los arts. 191.a LPL 238.3o, 240.1 y 241.1o LOPJ 225 y ss LECv, indefensión efectiva en la que abunda la doctrina jurisprudencial constitucional (STCo 124/94 y, aún más sólo cuando tal indefensión no pueda ser corregida con instrumentos menos drásticos, como puede ser, entre otras y en particular trámite del recurso de suplicación laboral a través de otros motivos del recurso (de revisión fáctica y/o de crítica jurídica vía arts. 191.b y c y 194 LPL), razones todas ellas que justifican este criterio resistente a la nulidad, sin necesidad de alusión alguna al notorio hecho del agobio de asuntos que pende en la instancia jurisdiccional laboral.'

TERCERO.- En relación al motivo revisorio, segundo de los del recurso, debe indicarse que, en el presente caso, la revisión de hechos probados prevista en el apartado b del citado precepto tiene sólo un carácter instrumental o accesorio (pues la verdadera finalidad del recurso es la revisión del Derecho aplicado en la Sentencia recurrida ex STS de 6 de marzo de 2001); aquí la revisión fáctica resulta prescindible para alterar el fallo de la Sentencia recurrida toda vez que ya describe (aunque no lo sea con el detalle que ofrece el recurrente) la situación fáctica del litigio: los actores venían disfrutando del derecho reclamado incluso tras la firma del Acuerdo Sindicatos-Administración por el que debió entenderse suprimido, disfrute que ha llegado a varios años (más de cinco) desde esa última firma.

Con ello el derecho que solicita en la demanda tiene suficiente base fáctica, sin necesidad de más detalle.

CUARTO.- La infracción denunciada en el segundo motivo de crítica jurídica se produce, según la representación de la parte recurrente, por infracción de lo previsto en los arts. 3 y 41 (éste por omisión en su aplicación por la Administración empleadora) del ET . Complementa la recurrente su denuncia jurídica con cita de abundante doctrina jurisprudencial en relación a la institución de la condición más beneficiosa (STS 14-4-05 , por ejemplo)

Primeramente procede recordar la citada doctrina, resumida por la Sentencia de esta Sala de 1-6-07, que razonó: 'es copiosa la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo en torno a la naturaleza y alcance de las condiciones más beneficiosas. Así, en la sentencia de 14 de marzo de 2005, donde se remite a otras anteriores, se señala lo siguiente: <Subyace en toda condición más beneficiosa la existencia de una voluntad empresarial de otorgar un beneficio por encima de las exigencias legales o convencionales reguladoras de la materia; condición que pervive con el alcance que derive del pacto originario, naturaleza o uso pacífico hasta que las partes no alcancen otro acuerdo, o se produzca su neutralización por mor de una norma posterior, legal o paccionada, que altere la situación anterior con algún beneficio o utilidad de análogo significado. Es cierto que, conforme un criterio interpretativo consolidado -al que se refiere la sentencia de esta Sala de 9 de noviembre



de 1989 - la condición examinada se funda en los artículo 9.2 de la Ley de Contrato de Trabajo y 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, y que, a salvo de supuestos especiales en que el propio acto de reconocimiento o las circunstancias especiales en que el propio acto de reconocimiento o las circunstancias concurrentes en el mismo conduzcan a la conclusión contraria, las condiciones laborales que tienen su origen en una concesión unilateral y voluntaria del empleador se incorporan, por la habitualidad, regularidad y persistencia de su disfrute en el tiempo, al nexo contractual, de forma que aquella no puede ser suprimida o reducida unilateralmente por el empresario> Por su parte en el tercer fundamento de la Sentencia de 11 de marzo de 1998 se razona que <la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (sentencia de 16 de septiembre de 1992, 20 de diciembre de 1993 , 21 de febrero de 1994 , 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996), de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual 'en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho' (sentencias de 21 de febrero de 1994 , 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996) y se pruebe, en fin, 'la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo' (sentencia de 25 de enero , 31 de mayo y 8 de julio de 1996). Es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio el que impide extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario; manteniéndose en definitiva el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas (sentencia de 16 de septiembre de 1992), anadiendo también la refrida doctrina que la condición más beneficiosa así configurada, tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior -legal o pactada colectivamente- más favorable que modifique el 'status' anterior en materia homogénea>.>>

B) En el caso de autos, las condiciones para el reconocimiento del derecho, como condición más beneficiosa, se dan, bastando reproducir el dato fáctico clave: los actores continuaban cenando o almorzando en la Residencia de Pensionistas siempre que coincidiera el horario de la comida con su turno de trabajo, mucho después (más de cinco años) de suscrito el Acuerdo Administración-Sindicatos que permitía suprimir este derecho. La persistencia de la conducta permisiva patronal, la frecuencia (dos veces al día), el número de trabajadores que lo disfrutaban (al menos veinte) y la notoriedad (a la vista de todos, los trabajadores, los usuarios, los familiares, el personal no dependiente de la Administración, como suministradores, los visitantes o familiares y, por supuesto, los jefes) descartan el 'error o la mera liberalidad o tolerancia' a los que alude la Sentencia de instancia para no aplicar la condición más beneficiosa, por lo que se trata de un supuesto muy claro de esta particular fuente de obligaciones laborales.

CUARTO.- Así tanto en lo que atane a la normativa citada por la recurrente como a la general de aplicación, conforme a lo que alega la recurrente, se produce infracción a los preceptos indicados, lo que conlleva la estimación del motivo y del recurso, lo que arrastra la revocación de la Sentencia recurrida, y al estimación de la demanda en el sentido de declarar el derecho de los actores a continuar realizando la comida o la cena en la Residencia de Pensionistas, con cargo a ésta, en la que prestan sus servicios siempre que coincida con su horario efectivo de trabajo y que tales comidas se sigan sirviendo a los residentes y en iguales condiciones (menú, etc.) que éstos.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D./Dña. Anton , Patricia , Aurora , Leticia , Fidel , Moises , Carlos Manuel , María Purificación , Flora , Tamara , Delia , Penélope , Bibiana , Cayetano , Marina , Hugo , Amparo , Juana , María Milagros , Sabino , Ángel Daniel , Gema , Eladio , Justo , Marí Juana y Victoriano contra SENTENCIA del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 1 de julio de 2010 , en reclamación de Derechos y en consecuencia debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia en el sentido de estimar la demanda y declarar el derecho de los actores a continuar realizando la comida o la cena en la Residencia de Pensionistas, con cargo a ésta, en la que prestan sus servicios siempre que coincida con su horario efectivo de trabajo y que tales comidas se sigan sirviendo a los residentes y en iguales condiciones (menú, etc.) que éstos.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social No 1 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes y con advertencia a las mismas de que contra la presente Resolución podrá interponer únicamente Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes



a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre Reguladora de la Jurisdicción Social .

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4o, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en la c/c no 3777 que esta Sala tiene abierta en el Banco Espanol de Crédito, Oficina 1101, de la calle Villalba Hervás, 12, 38002 de Sta. Cruz de Tenerife, seguida de cuatro ceros, haciendo constar el D.C no 37 (Recursos de Casación Laboral) y a continuación número del rollo de suplicación en cuatro dígitos y los dos últimos números del ano del mismo rollo, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta: 3777/0000/37/ seguidos del no de recurso de suplicación compuesto de 4 dígitos y los dos últimos del ano al que corresponde el expediente.

Remítase testimonio a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese otro testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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