



Roj: **STSJ MU 577/2017 - ECLI: ES:TSJMU:2017:577**

Id Cendoj: **30030340012017100305**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **29/03/2017**

Nº de Recurso: **1026/2016**

Nº de Resolución: **360/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JOAQUIN ANGEL DE DOMINGO MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA: 00360/2017

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Pº GARAY, 5-2ª PLANTA. 30005-MURCIA

Tfno: 968 22 92 16

Fax: 968 22 92 13

NIG: 30030 44 4 2015 0004234

Equipo/usuario: JLG

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001026 /2016

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000520 /2015

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE/S D/ña Genoveva

ABOGADO/A: ALICIA SANCHEZ HERRERA

RECURRIDO/S D/ña: FERROVIAL SERVICIOS S.A., FOGASA FOGASA

ABOGADO/A: ANA CAROLINA MARIJUAN CASTRO, LETRADO DE FOGASA

En MURCIA, a veintinueve de marzo de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos. Sres. D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española, en nombre S.M. el Rey, tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el presente recurso de suplicación interpuesto por Dª. Genoveva, contra la sentencia número 473/2015 del Juzgado de lo Social número 1 de Murcia, de fecha 18 de Diciembre, dictada en proceso número 520/2015, sobre DESPIDO, y entablado por Dª. Genoveva frente a FERROVIAL SERVICIOS, S.A. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

En la resolución del presente recurso de suplicación, actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, quien expresa el criterio de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Hechos Probados en la instancia y fallo.

En la sentencia recurrida, se consignaron los siguientes hechos probados:

PRIMERO.- La demandante, doña Genoveva , mayor de edad, cuyos demás datos personales consta en el encabezamiento de la demanda, y se dan por reproducidos. Ha prestado sus servicios para la empresa demandada desde el 1 de abril de 2009, con la categoría profesional de Limpiadora, con un salario mensual bruto de 1.267,95 euros con prorrata de pagas extras (salario día de 41,68 euros).

SEGUNDO.- La demandante presentó solicitud de reducción de jornada por cuidado de hijo menor en fecha 12 de mayo de 2014 y por el plazo de un año; la reducción fue de la mitad de la jornada. Hizo constar que la jornada que solicitaba era de 20 horas semanales con reducción proporcional de salario (doc. nº 1 de la parte demandada).

La empresa comunica a la Seguridad Social la reducción; la empresa sigue abonando el salario a tiempo completo, sin variación alguna (de acuerdo ambas partes).

La demandante solicita a la empresa que la jornada que ha reducido pueda ser cubierta por su pareja.

La empresa acepta y se contrata a la pareja por 20 horas a la semana mediante contrato de interinidad (doc. nº3 de la demandada).

TERCERO.- En fecha 12 de mayo de 2015 las partes firman conformidad en el paso a jornada completa de la actora (doc. nº 2 de la demandada), y se comunica a la pareja de la actora la finalización del contrato de sustitución (doc. nº 4 de la demandada).

En fecha 28 de mayo de 2015 la empresa comunica a la actora mediante burofax que ha estado percibiendo más cantidad de salario que la que le corresponde, en la cantidad de 7.382,79 euros brutos; se le comunica que la actora no ha mencionado este extremo a la empresa durante un año; se le requiere para que en el plazo de 48 horas devuelva la cantidad indebidamente percibida (doc. nº 7 de la empresa).

La actora responde a ese escrito manifestando que está dispuesta a abonar la cantidad a razón de 300 euros mensuales, con otra serie de apreciaciones a las que nos remitimos (doc. nº 8 de la demandada).

CUARTO.- La empresa y el sindicato al que pertenece la actora, Comisiones Obreras como mediador, plantearon el abono en 6 meses la citada cantidad a razón de 1.050 euros mensuales; la actora no acepta (doc. nº 3 de la actora, de fecha 3 de junio de 2015).

La demandada presentó reclamación de cantidad frente a la actora, en fecha 16 de junio de 2015 (doc. nº 6 de la demandante; la actora se opuso en la conciliación previa administrativa).

QUINTO.- La demandada comunica el despido disciplinario a la actora en fecha 26 de junio de 2015 (doc. nº 9 de la demandada), en la que se describe como hechos imputados como trasgresión de la buena fe y abuso de confianza, el hecho de haber omitido el error en el pago por parte de la empresa cuando la actora fue consciente del mismo desde el segundo mes; y después de un año, se imputa que la actora no acepte la devolución fraccionada en 6 meses; en concreto se expone:

"...Como usted comprenderá hechos de esta índole no se pueden tolerar. Desde el punto de vista ético y a juicio de esta empresa, no resulta de recibo, que mientras ha durado su reducción de jornada y con pleno conocimiento de que la misma llevaba aparejada una reducción salarial, haya estado cobrando como si hubiese estado realizando su jornada ordinaria, y a mayores que no lo haya informado jamás a la Empresa, resultando si cabe aún más grave que ahora se ampare usted en su condición de madre de familia para manifestar que no puede afrontar la devolución de la deuda que mantiene y que usted misma ha reconocido expresamente conforme

Igualmente, debemos tomar en consideración que en su caso usted ha actuado de forma premeditada y no "accidental" toda vez que procedió a obviar y a no comunicar que, la Empresa, debido a un error administrativo involuntario, le continuaba abonando el salario conforma a una jornada ordinaria de 40 horas semanales, habiendo sido su actuación de mantenerse en silencio totalmente voluntaria y consciente..." (nos remitimos a la carta de despido en su integridad).

SEXTO.- El responsable del contrato de servicios en la piscina donde trabajaba la actora, cuando el comunica la empresa lo que ha ocurrido, del percibo del salario a tiempo completo, se puso en contacto con la actora; y ésta reconoce que tuvo conocimiento del percibo a mayores desde el segundo mes, si bien le aconsejaron que no dijese nada; le intentó entregar un documento para que devolviese las cantidades de forma fraccionada y la actora no quiso recibirlo; se lo enviaron por fax (testifical propuesta por la demandada).



La actora afirma que es un problema de la empresa el haberle pagado de más.

A él le solicitó que contratasen a su pareja; su pareja sigue trabajando para esta empresa a través de ETT.

Y la actora no firmó las comunicaciones sobre lo ocurrido porque no estaba de acuerdo en la redacción; se hizo una segunda redacción pero tampoco estuvo de acuerdo.

La actora afirmó que lo había comentado con un amigo y que le aconsejó que no dijera nada a la empresa (testifical propuesta por la actora).

SEPTIMO.- El actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior cargo alguno de representación de los trabajadores. Se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación (documento que acompaña la demanda).

OCTAVO.- La parte actora desiste en el acto del juicio oral de la cantidad reclamada en demanda, al haber sido abonada por la demandada.

SEGUNDO .- Fallo de la sentencia de instancia.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo: "Que desestimando la demanda formulada por D. Genoveva , frente a FERROVIAL SERVICIOS S.A, debo absolver y absuelvo a la demandada de cuantas pretensiones de condena se han hecho valer frente a ella por la parte actora, en la demanda que inicia este procedimiento."

TERCERO .- De la interposición del recurso.

Contra dicha sentencia fue interpuesto recurso de suplicación por la Letrada D^a. Alicia Sánchez Herrera, en representación de la parte demandante.

CUARTO .- De la impugnación del recurso.

El recurso interpuesto ha sido impugnado por la Letrada D^a. Ana Carolina Marijuán Castro en representación de la parte demandada Ferrovial Servicios, S.A.

QUINTO .- Admisión del recurso y señalamiento de la votación y fallo.

Admitido a trámite el recurso se señaló el día 27 de Marzo de 2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sala los siguientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO .- Por el Juzgado de lo Social nº 1 de Murcia, se dictó sentencia el 18.12.15 en los autos nº 520/15 sobre Despido seguidos a instancia de doña Genoveva contra Ferrovial Servicios S.A. y el Fogasa desestimando la demanda.

La parte demandante interpuso recurso de suplicación para que se revoque la sentencia de instancia y se declare improcedente su despido.

Recurso que fue impugnado por la contraparte que pidió su desestimación y la confirmación de la referida sentencia.

FUNDAMENTO SEGUNDO .- Se ampara la parte recurrente en el apartado b) del art. 193 de la LJS para que se revisen los siguientes hechos probados:

A) Segundo, sin que se proponga redacción alternativa por lo que no puede admitirse siendo lo cierto es que la pareja de la actora cubrió las horas reducidas.

B) Tercero: para que se modifique: "se le requiere para que en el plazo de 48 horas devuelva la cantidad indebidamente percibida", por "se le requiere para que en el plazo de 48 horas manifieste su voluntad en cuanto a la forma de devolución de las cantidades adeudadas". Modificación evidentemente intrascendente.

C) Cuarto, no se especifica la revisión postulada por lo que no es aceptada, siendo en cualquier caso lo relatado en el mismo lo acreditado en autos en cuanto al acuerdo entre empresa y sindicato para pagar.

D) Sexto: Tampoco se aclara la revisión postulada siendo lo acreditado que la actora sabía que no le estaban pagando bien desde el segundo, callándose.

FUNDAMENTO TERCERO .- Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LJS se argumenta a continuación por la parte recurrente, infracción de los art. 54.2. d) ET y 43.3 y 44 del III Convenio Colectivo de Instalaciones Deportivas y Gimnasios .



Motivo que no puede estimarse ya que la actora sabía el cobro indebido de salarios pues ella misma había solicitado la reducción de jornada. Y cuando la empresa descubre el error la actora reconoce que lo sabía desde el segundo mes pero no devuelve el dinero indebidamente percibido. Todo lo cual es una trasgresión de la buena fe contractual y un abuso de confianza prohibido por el art. 54.2 d) del ET que en relación a las faltas muy graves del precitado Convenio, justifica la sanción de despido, que es proporcional a la gravedad de los hechos de la carta de despido acreditados, al estar un año cobrando más sueldo que le correspondía a sabiendas porque ella misma había pedido la reducción de jornada a favor de su marido, y no devolver posteriormente el dinero.

El mencionado precepto 54.2 d) del ET dispone que se consideran incumplimientos contractuales la trasgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Y el art. 43.3 del precitado Convenio colectivo establece como falta muy grave "el fraude o deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas". En tanto que el art. 44.3 regula entre las sanciones a imponer para esa falta la del despido. Siendo la gravedad de los hechos en este caso merecedora del mismo.

En consecuencia, debe desestimarse el recurso de suplicación planteado contra la sentencia de instancia y confirmar la misma en su integridad.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Desestimar el presente recurso de suplicación interpuesto por D^a. Genoveva , contra la sentencia número 473/2015 del Juzgado de lo Social número 1 de Murcia, de fecha 18 de Diciembre , dictada en proceso número 520/2015, sobre DESPIDO, y entablado por D^a. Genoveva frente a FERROVIAL SERVICIOS, S.A. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL; y confirmar como confirmamos el pronunciamiento de instancia.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banco Santander, cuenta número: ES553104000066102616, a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banco Santander, cuenta corriente número ES553104000066102616, Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, haciendo constar como concepto el de Recursos y como dígito el 35.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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