



Roj: **STSJ CV 4730/2022 - ECLI:ES:TSJCV:2022:4730**

Id Cendoj: **46250340012022102228**

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

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **12/07/2022**

Nº de Recurso: **634/2022**

Nº de Resolución: **2511/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **GEMA PALOMAR CHALVER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

0

Recurso de Suplicación nº 0634/2022

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

COMUNIDAD VALENCIANA

Sala de lo Social

Recurso de suplicación 000634/2022

Ilmo. Sr. e Ilmas. Sras. :

Dº. Manuel José Pons Gil, presidente

Dª. Gema Palomar Chalver

Dª. Raquel Vicente Andrés

En Valencia, a doce de julio de dos mil veintidós.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha dictado la siguiente,

SENTENCIA N° 002511/2022

En el recurso de suplicación 000634/2022, interpuesto contra la sentencia de fecha 26 de mayo de 2021, dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL N° 1 DE ELX, en los autos 000516/2020, seguidos sobre Extinción por acoso - Cantidad - DF, a instancia de Dª Carla defendida por el Letrado D. José García García, contra INVERSIONES Y SERVICIOS BALCÓN LOMAS S.L. defendida por la Letrada Dª María Pilar Martínez Madrid, D. Lucio defendido por la Graduada Social Dª Josefa Olmos Melón y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, con intervención del MINISTERIO FISCAL y en los que es recurrente la parte demandante, ha actuado como ponente la Ilma. Sra. Dª. Gema Palomar Chalver.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: "FALLO: Que DEBO DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda interpuesta por DÑA. Carla contra INVERSIONES Y SERVICIOS BALCO LOMAS S.L, D. Lucio y el FOGASA, con intervención del Ministerio Fiscal, en materia de tutela de derechos fundamentales, y en lógica consecuencia, DEBO DE ABSOLVER y ABSUELVO las referidas demandadas de los pedimentos deducidos en su contra. ".

SEGUNDO.- En la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes: "PRIMERO.- Que DÑA. Carla prestó servicios por cuenta y orden de MANI COM. B. Desde 14-Sep.-99 hasta el 30-Jun.-11 bajo diferentes modalidades contractuales, fecha última de las cuales en que se produjo la extinción de la relación laboral mediante despido por causas objetivas que no fue impugnado por ningún cauce legalmente previsto pese haberse suscrito la notificación del mismo como no conforme por la trabajadora. Que DÑA.



Carla presta servicios por cuenta y orden de la mercantil SERVICIOS BALCON LOMAS S.L con antigüedad dese 08-Jul.-11, categoría profesional camarera, nómina de 1.391,33 euros/mensuales, incluida prorrata de pagas extra, hallándose el centro de trabajo en la Urbanización Balcón Lomas num. 1-A, de Torrevieja, Alicante. Ello en virtud de contrato indefinido a jornada completa, (40 horas semanales), siendo su jornada laboral a repartir de lunes a sábado con hora habitual de entrada a las 17 horas. Que a la relación laboral le es de aplicación el Convenio Colectivo de ámbito provincial de Industrias de Hostelería, código de convenio: 03000425011982. SEGUNDO.- Que la trabajadora no ha desempeñado cargo representativo de los trabajadores en el último año. TERCERO.- La parte demandante promovió la conciliación previa al proceso, que se celebró con el resultado de sin avenencia, presentando posteriormente demanda de extinción de la relación laboral por vulneración de derechos fundamentales y/o libertades públicas a la que se acumuló reclamación de cantidad. "

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante D^a Carla , que ha sido impugnado por las representaciones de las codemandadas INVERSIONES Y SERVICIOS BALCÓN LOMAS S.L. , D. Lucio y por el MINISTERIO FISCAL. Recibidos los autos en esta sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, desestimatoria de la pretensión de la parte actora sobre acoso, consecuente extinción de la relación laboral y abono de cantidades salariales, interpone recurso de suplicación la demandante, al amparo de los apartados a), b) y c) del art. 193 de la LRJS.

Debemos comenzar con el análisis del primero de los motivos, estructurado en dos apartados (ambos con cobijo en el apartado a) del artículo 193 de la LRJS) puesto que su eventual estimación supondría el no examen de los otros. Y en base al citado apartado a) de la ley procesal laboral, la recurrente comienza denunciando la infracción de los artículos 24 de la CE con relación al art. 177 de la LRJS, art. 82 de la ley LRJS, y art. 3.6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981 por la no intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de derechos fundamentales por constitución defectuosa de la relación jurídico procesal. Se indica que el MF no acudió al acto de la vista, entendiéndole a la recurrente que dicha decisión puede haber producido un perjuicio ante el juez de instancia, induciéndole a la pérdida de su objetividad valorativa en las pruebas practicadas en juicio, de acuerdo con el art. 97 LRJS, incumpliendo con ello la propia jurisprudencia de acuerdo con la STS de 19/04/2005 y de 05 de noviembre de 2005 al referir que " Esta presencia del Ministerio Fiscal como parte en los procesos de tutela de los derechos fundamentales se exige por el artículo 175.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, (actualmente el 177.3 LRJS), a tenor del cual "el Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos, adoptando, en su caso, las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas".

Pues bien, a este respecto, la STS 12-12.2019 con cita anteriores, sobre un proceso por despido con vulneración de derechos fundamentales, vuelve a establecer que un proceso no es nulo por la ausencia de citación del Ministerio Fiscal (MF). La argumentación sobre este extremo señala que: "la falta de citación del MF en los procesos en que la tutela reclamada se concreta en un interés de parte no debe determinar la nulidad de actuaciones, salvo que concurran las condiciones que prevé a estos efectos el artículo 205.c) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), es decir que: 1º) se haya formulado un motivo de casación alegando este defecto, 2º) previamente en el momento procesal adecuado se haya formulado la correspondiente denuncia y 3º) que, como consecuencia de la ausencia del MF, haya podido producirse una real indefensión para la parte que alega la infracción".

Y según se recoge en la STS del TS de 28-1-2009, rcud 1576/08 : "Esta presencia del MF como parte en los procesos de tutela de los derechos fundamentales se exige por el art. 175.3 LPL y la Sala en su sentencia de 29-6-2001 ha extendido la necesidad de la actuación como parte del MF a los procesos en que, sin estar incluidos en la modalidad especial regulada en los arts 175 a 182 de la LPL , lo que se pide es una tutela frente a la lesión de un derecho fundamental. El Ministerio Fiscal debía haber sido parte en este proceso por despido que está incluido en el art 182 LPL. Pero la Sala ha señalado también y lo reitera la citada sentencia de 19-4-2005 que, salvo en aquellos supuestos en que la intervención del MF está vinculada a la defensa de un interés público directo en el proceso, la falta de citación del Ministerio Fiscal en los procesos en que la tutela reclamada se concreta en un interés de parte no debe determinar la nulidad de actuaciones, salvo que concurran las condiciones que prevé a estos efectos el art. 205.c) LPL , lo que no sucede en el presente caso, pues no se ha formulado un motivo de casación alegando este defecto, ni la ausencia del MF ha determinado una real indefensión para las partes".

En el caso de autos, y como indica la recurrente, la Fiscalía de Elche notifica al Juzgado de lo Social núm. 1 de Elche escrito fechado el 03, según el cual, "examinada la demanda interpuesta, no concurren en la misma



indicios suficientes para estimar la vulneración de derechos fundamentales alegada, todo ello considerando que pese a que en la demanda se aduce el trato es discriminatorio y que ello afectaría a los derechos fundamentales, entendemos que no existe una justificación indiciaria suficiente de ello, que sin perjuicio que puedan ser objeto de la correspondiente prueba para determinar si son o no ciertos a los efectos de concluir sobre la procedencia de extinguir el contrato y la reclamación por las horas debidas, no entendemos que la decisión adoptada afecte a los derechos fundamentales aducidos, por lo que el Ministerio Fiscal no asistirá al acto de la vista señalado para el día 9 de febrero de 2021, sin perjuicio de que le sea notificada la sentencia que recayere".

No estamos ante un problema de falta de citación a juicio, citación que se practicó, sino ante una no comparecencia al acto del juicio, lo que previamente se razonó y anunció. No consta que la parte recurrente alegara algo en el acto del juicio acerca de la no intervención del Ministerio Fiscal (que había sido citado en forma y plazo), y tampoco consta la formulación de protesta, lo que unido a lo anteriormente expuesto y a que no se detecta la causación de indefensión, nos lleva a desestimar la nulidad pedida, remedio de aplicación restrictiva por las gravosas consecuencias dilatorias que produce.

Al amparo del mismo apartado a) de la LRJS se pide que la Sala proceda a reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse la infracción de garantías, considerando infringido el art. 376 LEC por la valoración de la declaración de los testigos sin observancia de las reglas de la sana crítica, causándose indefensión a esta parte al no poder combatir los hechos probados con respecto a la vulneración de los derechos fundamentales. Se alega que el juez realiza una valoración arbitraria con respecto a los testigos aportados por ambas partes, con argumentaciones que contradicen el propio video, lo que ha llevado a no demostrar la vulneración denunciada.

La misma suerte desestimatoria debe correr este submotivo. Lo que está sucediendo es que la parte recurrente discrepa de la valoración de la prueba testifical hecha por el juez, el cual ya ha filtrado y evaluado las posibles contradicciones entre aspectos relatados por los testigos, extrayendo tras el complejo proceso valorativo, las conclusiones fácticas oportunas. Debemos indicar que en la jurisdicción laboral la valoración de la prueba testifical es facultad exclusiva del órgano judicial, se realiza discrecionalmente por el juzgador a quo aplicando las reglas de la sana crítica, lo que no es ningún caso equivalente a actuación arbitraria o infundada y supone una apreciación razonada, motivada y responsable de tal prueba, tal y como aquí ha acontecido, donde ningún atisbo de arbitrariedad se vislumbra, estándole vedado al recurrente entrar en ella (art.196.3 LRJS).

SEGUNDO.- Al amparo del apartado b) del art. 193 de la LRJS la recurrente solicita que al hecho probado primero se adicione la siguiente frase: "Siendo la antigüedad a considerar de la actora desde el 14/09/1999 (documento núm. 62 obrante en autos, vida laboral)", a lo que no podemos dar lugar por incluir una valoración subjetiva de la parte sobre la antigüedad a tener en cuenta, cuestión que es jurídica.

La recurrente solicita la inclusión de un nuevo hecho probado 4º del siguiente tenor: "Que a petición de la parte actora en el escrito de demanda (documento núm. 9 en autos), para que la empresa aportara registro de jornada laboral realizada por la actora durante su contratación laboral día a día, tal y como establece el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores. No las hojas mensuales, que la empresa les daba al final del mes junto con la nómina para que firmaran una jornada distinta a la real. La empresa aporta una sola hoja denominada Registro diario de jornada del mes de noviembre de 2019 donde consta un horario de entrada y salida del 1 al 10 de Noviembre de 17 horas a las 13 días; días libre 4,5 y 11 de Noviembre y vacaciones del 12 al 31 inclusive, incluyendo un texto al final de la hoja amparándose en la obligación establecida en el artic. 35.5 del ET. Documento no ratificado por la trabajadora. (documento obrante en autos núm.112)."

No aceptamos la adición de este hecho pues, además de contener interpretaciones de parte, las modificaciones pedidas no se apoyan en documentos fehacientes o pericias de las que derive el error valorativo de la juzgadora de instancia, máxime cuando la prueba documental en que se base, por sí sola, debe demostrar la equivocación del juzgador de una manera manifiesta, rotunda, evidente y clara, (o la omisión trascendente), respetando escrupulosamente las facultades valorativas de los elementos de convicción que competen al juez de instancia por razón del artículo 97.2º LRJS. En el supuesto de autos el juez a quo, en base a la libertad de criterio en la valoración de la prueba que, con carácter general para todo proceso, establece el art. 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, de modo particular, para el proceso laboral, el art. 97.2 de la LRJS, dispone de un amplio margen de libertad para determinar cuál de las varias pruebas practicadas en el marco del proceso le ofrecen superior crédito, teniendo presente, además, conforme al principio de inmediación que recoge el art. 74.1 de la LRJS, que la valoración de los diversos elementos probatorios se realiza por examen directo del juzgador de instancia, permitiéndole una percepción más cercana de los hechos debatidos que la que puede apreciar la Sala en vía de recurso.



En cuanto al nuevo hecho 5º, la redacción sería la siguiente: "En fecha 15/07/2020 La Inspección de Trabajo realiza una visita al centro de trabajo con denominación CAFETERIA MAGANI de Urbanización Las Lomas de Torrevieja. Tras efectuar control de empleo y de Seguridad Social se solicita documentación laboral y de Seguridad Social de la empresa. Tras las declaraciones de los trabajadores y de la documentación aportada se ha constatado que los trabajadores no descansan dos días a la semana por lo que se ha iniciado procedimiento administrativo sancionador. No consta que la empresa lo haya impugnado. Información que viene recogida en el (documento núm. 85 en autos)".

Desestimamos lo pedido por falta de trascendencia para alterar el sentido del fallo, tratándose además de una visita posterior al periodo reclamado en demanda.

Y por último también se pide la adición de un hecho probado 6º del siguiente tenor: "Que la jornada realizada por la trabajadora era de 17 horas a la 1:30 de la madrugada, de lunes a Domingo, descansando un día, realizando un exceso de jornada en el año 2019 de 659,87 horas que a razón de 11,27 euros resultan la cantidad de 7.436,73 euros, más 1.011,50 horas nocturnas a razón de 0.92 euros, resultan 930,58 euros, más 9 festivos trabajados a razón de 55,99 euros, ascienden a 503,91 euros, totalizando una cantidad de 8.871,22 euros no abonadas por la empresa, información recogida por el doc. 85 en autos, donde la Inspección de Trabajo resuelve que los trabajadores no descansan dos días a la semana y doc. núm. 112 en autos donde la empresa no aportada registro diario de jornada del año 2019".

No podemos acceder a la modificación solicitada pues el exceso de jornada que se pretende incluir como probado, no se desprende directamente y sin necesidades de interpretaciones y conjeturas de los documentos invocados, documentos que ya son tenidos en cuenta por el juez de instancia, sin que a su valoración probatoria, efectuada conforme a lo dispuesto en el art. 97.2 de la LRJS y sobre la que no se patentiza error manifiesto alguno, pueda imponerse la visión subjetiva de la parte. Recuérdese además, que para que una revisión prospere ha de deducirse directamente de los solos documentos alegados sin necesidad de interpretaciones (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002 sobre la ineficacia de los razonamientos e interpretaciones de los documentos y pruebas). Es más, como esta Sala ha reiterado en numerosas ocasiones, el requisito de la literosuficiencia no se cumple cuando los documentos o pericias invocados para la revisión pretendida entran en contradicción con otros elementos de prueba obrantes en las actuaciones, dado que en la medida en que de los mismos puedan extraerse conclusiones contrarias o incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica alcanzada por el juez a quo, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (TSJ CV 3-3-2005). Y el juzgador ha tenido muy en cuenta la prueba testifical, no pudiendo las conclusiones alcanzadas en base a la misma ser objeto de modificación fáctica.

TERCERO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS la recurrente denuncia la infracción del art. 44 del ET con relación a la antigüedad. Indica que de acuerdo con la STS 07/12/2009, existe una garantía genérica por la que el cesionario se subroga en los derechos y obligaciones existentes en el momento del cambio de titularidad, y que se han de computar todos los servicios prestados con carácter temporal con independencia de que existan interrupciones entre los contratos superiores a 20 días.

La anterior argumentación no puede ser acogida ya que al relato de hechos probados consta que la actora "prestó servicios por cuenta y orden de MANI COM. B. desde 14-Sep.-99 hasta el 30-Jun.-11 bajo diferentes modalidades contractuales, fecha última de las cuales en que se produjo la extinción de la relación laboral mediante despido por causas objetivas que no fue impugnado por ningún cauce legalmente previsto pese haberse suscrito la notificación del mismo como no conforme por la trabajadora." También se recoge que la actora presta servicios por cuenta y orden de la mercantil SERVICIOS BALCON LOMAS S.L con antigüedad dese 08-Jul.-11, categoría profesional camarera. Por lo tanto, no tenemos ningún dato o elemento para apreciar una sucesión o subrogación empresarial, o la existencia de un único empresario, figuras jurídicas que no se aplican de modo automático y requieren de su acreditación. En cambio, resulta que la primera relación laboral fue extinguida por despido objetivo que no fue impugnado, y que se firmó otro contrato con una empleadora diferente. No podemos pues considerar que estemos ante una unidad de vínculo con inicio de la relación en 14-9- 1999.

Seguidamente se denuncia la infracción de los art. 34.9 y 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, al establecer que la empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. Y el artículo 35.5 refiere que la jornada se registrará día a día y se totalizará en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente, tanto de las horas ordinarias como extraordinarias. Alega la recurrente que no puede trasladarse la carga probatoria sobre el trabajador cuando la regulación legal impone a la empresa la llevanza de los registros de jornada acreditativos de la realizada y es la empresa quien puede y debe aportarlos, lo que se reitera en el último motivo.



La anterior censura jurídica no puede prosperar ya que la carga de la prueba sobre el exceso de jornada corresponde a la parte demandante, y no ha quedado acreditado que la trabajadora realizase de forma habitual y reiterada un exceso de jornada laboral, lo que analiza y valora el juez a quo de manera pormenorizada en el Fundamento de Derecho Quinto (en el que se dice que la demandada aportó el registro horario de noviembre de 2019), con especial trascendencia de la convicción alcanzada merced a prueba testifical. No se trata de imponer al trabajador la prueba hora a hora, día a día, pero sí debe existir una acreditación de haber sobrepasado de forma reiterada la jornada habitual, y eso es lo que falta en el caso de autos, sin que se haya acreditado en fase de instancia, y bajo el principio de inmediación, la realización del exceso de jornada previsto.

En cuanto a la presunción de certeza de las Actas de la Inspección de Trabajo y admisión de prueba en contrario, ninguna infracción de la jurisprudencia que se cita en el recurso se ha producido en la sentencia de instancia como tampoco interpretación equivocada, habiendo basado el juzgador su convicción en diversos medios probatorios en conexión los unos con los otros.

Por todo ello y dando por reproducidos los acertados fundamentos de la sentencia de instancia, (recordemos que el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única -que no grado-, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud - art. 97.2 LRJS- únicamente al juzgador de instancia (...), por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar un nueva valoración de la prueba), desestimamos el recurso y confirmamos de la sentencia de instancia.

CUARTO.- No procede la imposición de costas a la parte recurrente de conformidad con el art. 235.1 LRJS en relación con el art. 2 d) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Doña Carla contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Elx, de fecha 26-05-2021; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicando que contra la misma cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse dentro del plazo de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación, mediante escrito dirigido a esta Sala, advirtiendo que quien no tenga la condición de trabajador, no sea beneficiario del sistema público de la Seguridad Social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 600'00 € en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco de Santander. El depósito se puede efectuar en metálico, en la cuenta y con los datos siguientes: **4545 0000 35 0634 22**, o por transferencia a la cuenta centralizada siguiente: **ES55 0049 3569 9200 05001274**, añadiendo a continuación en la casilla "concepto" los datos señalados para el ingreso en metálico. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en dicha cuenta, indicando la clave **66** en lugar de la clave **35**. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En Valencia, a doce de julio de dos mil veintidós.

En la fecha señalada ha sido leída la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. magistrado/a ponente en audiencia pública, de lo que yo, la letrada de la Administración de Justicia, doy fe.