



Roj: **STSJ CAT 7530/2014 - ECLI:ES:Tsjcat:2014:7530**

Id Cendoj: **08019340012014104864**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **02/07/2014**

Nº de Recurso: **2733/2014**

Nº de Resolución: **4811/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA DEL PILAR MARTIN ABELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Barcelona, núm. 14, 29-11-2013,
STSJ CAT 7530/2014**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2013 - 8026301

Recurso de Suplicación: 2733/2014

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMA. SRA. MARIA PILAR MARTIN ABELLA

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 2 de julio de 2014

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 4811/2014

En el recurso de suplicación interpuesto por Marco Antonio frente a la Sentencia del Juzgado Social 14 Barcelona de fecha dictada en el procedimiento Demandas nº 569/2013 y siendo recurrido/a Automóviles Dimarán, S.A.. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. MARIA PILAR MARTIN ABELLA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Extinción a instancia del trabajador, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha que contenía el siguiente Fallo:

Que, desestimando la pretensión de extinción contractual contenida en la demanda interpuesta por Don Marco Antonio contra "AUTOMÓVILES DIMARÁN, S.A.", debo absolver a la sociedad demandada de las pretensiones en su contra formuladas.

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:



PRIMERO.- El actor Don Marco Antonio , presta sus servicios para la sociedad demandada "AUTOMÓVILES DIMARÁN, S.A.", sito en c/ Ramón Albó 37 de Barcelona, en el establecimiento dedicado a comercio de vehículos y encuadrado en el "Conveni collectiu de treball del sector del comerç del metall de la província de Barcelona per als anys 2009-2011" (BOPB 12-05-2010), con antigüedad desde el día 7 de febrero de 2.005, con carácter indefinido, con la categoría profesional inicialmente de aprendiz vendedor y desde el día 1 de junio de 2.006 de vendedor (folio 121), y con salario mensual bruto promedio (meses de febrero a julio 2013, ambos inclusive), incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias y comisiones, de 1.733,27 € (encabezamiento y hecho primero de la demanda en lo no opuesto por el demandado y en relación con alegaciones en contestación demanda; hojas de salario obrantes a folios 9 a 14, 122 a 157, en especial folios 147 a 157; contrato de trabajo, prórrogas, conversión en indefinido y cambio de categoría folios 7 y 8, 115 a 121 que se dan todos ellos por reproducidos).

SEGUNDO.- El actor, en cuyo contrato se estipula una jornada de 40 horas semanales y su sujeción al Convenio colectivo del metal, inicia su jornada a las 8,30 hasta 13,30 horas y de 16 a 20 horas de lunes a viernes y los sábados de 10 a 13,30 horas y de 17 a 20 horas, descansando un lunes cada dos semanas y un sábado cada tres semanas. El establecimiento se abre al público a las 8,30 horas y a las 9 horas todos los vendedores se reúnen con el jefe de ventas en su despacho, desde donde se ve la tienda y si algún cliente entra en el establecimiento sale algún vendedor y le atiende (hecho tercero de la demanda negado en contestación por la demandada pero reconocido por el propio testigo propuesto por la demandada en la persona del jefe de ventas, testifical a instancias del actor en persona de detective privado en relación informe detective obrante a folios 70 a 89 que se dan por reproducidos; interrogatorio en juicio del actor).

TERCERO.- En fecha 9 de octubre de 2013 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha requerido a la demandada para que instale un sistema de control de la jornada diaria, en virtud de diligencias iniciadas el 09-07-2013 (folios 56, 57 y 160 que se dan por reproducidos).

CUARTO.- La papeleta de conciliación extrajudicial fue presentada en fecha 22-05-2013 y la demanda objeto de las presentes actuaciones fue presentada en fecha 23-05-2013 (folios 1 y 23).

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora , que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado lo impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Contra la sentencia de instancia se alza el letrado de Marco Antonio invocando como primer motivo la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, de conformidad con lo dispuesto en el art. 193.b) conforme a la redacción de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

La recurrente solicita la modificación del hecho probado tercero de la sentencia para que se añada que "Dicha actuación inspectora vino motivada por la denuncia presentada por el trabajador en fecha 7 de marzo de 2013 contra la mercantil Automóviles Dimaran S.A.", al amparo del folio 67, lo que debe ser estimado.

SEGUNDO .- Se alega como segundo motivo del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la infracción de los apartados a) y c) del art. 50.1 del ET en relación con los arts. 34 , 35 y 37.1 del mismo cuerpo legal y 1124 del CC .

En concreto, la recurrente considera que debe resolverse el contrato por voluntad del trabajador como consecuencia del exceso de jornada al que ha estado sometido desde siempre, considerando que al menos queda probado el incumplimiento empresarial con anterioridad al 7-3-2013, momento en que presenta la denuncia ante la ITSS, al constituir un incumplimiento grave del contrato de trabajo.

Sobre la cuestión planteada, debemos empezar diciendo que el art. 50.1.c) del ET permite la resolución judicial indemnizada por cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor. Ha de partirse de la base de que no todos los *incumplimientos* empresariales pueden dar lugar a la *extinción* indemnizada del *contrato* a instancias del trabajador y que el artículo 50.1 c) del ET no señala que caracteres ha de reunir el *incumplimiento* a efectos de procedencia de la resolución del *contrato* , siendo la jurisprudencia la que ha definido tales parámetros al señalar como regla general que el *incumplimiento* determinante de la resolución ha de ser *grave* , es decir hacer referencia a lo esencial de lo *pactado* y ser de tal índole que en términos generales, fruste las legítimas aspiraciones o expectativas de la parte que cumplió su pretensión e insta la resolución, y también ha de ser voluntario, entendiendo por tal no solo una conducta reveladora de un *incumplimiento* deliberado, pertinaz, y definitivo de la obligación que patentice la existencia de una voluntad obstativa al *incumplimiento* manifestado en la prolongada actividad o pasividad del deudor. Los tribunales han identificado las siguientes conductas empresariales que lesionan gravemente los



derechos del trabajador y que son causa justa para que a instancia del trabajador el juez acuerde la resolución indemnizada de su relación laboral:

1. La falta de ocupación efectiva del trabajador que no debe ser confundida con un despido tácito por parte de la empresa que ni siquiera acude al juicio (TSJ Madrid 14-2-06, EDJ 34600).

2. La vulneración de derechos fundamentales del trabajador, así por ejemplo:

a) De la libertad sindical por presiones de la empresa al trabajador para que se afiliasa a un determinado sindicato (TSJ C.Valenciana 31-3-99, EDJ 84054).

b) El trato vejatorio por parte del empresario (TSJ Asturias 11-1-02, EDJ 4418), también el calificable de acoso (nº 1293 s.), tanto sexual (TSJ Madrid 13-6-07, EDJ 116661); como moral o mobbing (TSJ Madrid 17-1-06, EDJ 17257; TSJ Cataluña 28-11-01, EDJ 65300; 10-2-03, EDJ 50652; JS Ávila 23-3-04, DSI/6/04). 3. El incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales, lo que puede constituir también vulneración del derecho fundamental a la integridad física y psíquica de los trabajadores. 4. El incumplimiento de la obligación empresarial de facilitar al trabajador todos los medios para el desempeño de su trabajo (TSJ Madrid 11-2-10, EDJ 49172). Por el contrario, no se ha considerado que permitan la resolución indemnizada del contrato de trabajo los siguientes incumplimientos empresariales normalmente por carecer de la gravedad suficiente:

a) El no proporcionar el preceptivo reconocimiento médico anual o no suscribir la póliza del seguro de vida (TSJ Madrid 9-3-92). b) Incidentes o tensiones laborales no calificables de mobbing u hostigamiento laboral (TSJ Castilla-La Mancha 23-2-06, EDJ 48951; TSJ Murcia 19-12-05, EDJ 254711; TSJ Cataluña 20-2-06, EDJ 29560; TSJ Madrid 31-1-06, EDJ 40670). En este sentido, por ejemplo, la utilización por el empresario, de expresiones de mal gusto con finalidad correctora o de advertencia (TSJ Valladolid 14-4-00, EDJ 16814); o la imposición de trabajos de categoría superior y exceso de jornada (TSJ Madrid 24-9-07, EDJ 192526). c) La agresión mutua entre representantes de la empresa y un trabajador por la concurrencia de culpas, neutralizadora de la justificación de la acción de extinción del contrato (TSJ Cataluña 2-5-00, EDJ 119939). Tampoco cuando en un clima de gran conflictividad se cruzan demandas en defensa de sus respectivos intereses (TSJ Extremadura 6-4-06, EDJ 49375; TSJ Asturias 17-7-09, EDJ 168350). Tampoco, por no ser responsabilidad del empresario, la agresión, no consentida por éste, cometida por un superior jerárquico (TSJ Cataluña 1-6-92; TSJ Sevilla 15-9-09, EDJ 257092).

El tema de la realización de exceso de jornada respecto a lo pactado, no ha sido muy tratado por los Tribunales, pero no por ello ha sido desconocido, habiendo dado lugar a sentencias que han estimado en el caso concreto la existencia de incumplimiento grave y han acordado la resolución del contrato en base a dicho incumplimiento. En el caso de autos, se desprende de los hechos probados que en el contrato del actor tenía estipulado una jornada de 40 horas semanales y su sujeción al convenio del metal, y que inicia su jornada a las 8:30 horas hasta las 13:30 horas y de 16 a 30 horas, descansando un lunes cada 2 semanas y un sábado cada 3 semanas. La recurrente alega en su recurso que el exceso de jornada impuesto por la empresa sin la voluntad del trabajador se ha venido realizando desde siempre, lo que no se desprende de los hechos declarados probados. Subsidiariamente, considera que debe considerarse que se ha venido realizando desde la denuncia presentada por el trabajador en fecha 7 de marzo de 2013, infiriéndose de los hechos declarados probados en la nueva redacción que efectivamente el actor en dicha fecha interpuso denuncia ante la inspección por el exceso de jornada - al no estar conforme con su realización- y constando en la sentencia que en abril de 2013 un detective privado comprobó el horario realizado por el actor, por lo que por lo menos podemos considerar que desde la fecha de la denuncia aquél venía realizando más horas de las pactadas, 1 hora más de lunes a viernes, además de los sábados en el horario mencionado, superando por ello las 40 horas semanales y 1780 horas que en cómputo anual que le correspondía realizar. Se infiere que, por lo menos desde marzo de 2013 el actor ha venido realizando un exceso de jornada respecto a lo pactado de forma no voluntaria, que denunció a la inspección de trabajo, que inició actuaciones inspectoras, que motivaron que en fecha 9 de octubre de 2013, se requiriera a la empresa para que instalase un sistema de control de la jornada diaria. Consideramos que los hechos anteriores acreditados constituyen un incumplimiento grave en materia de jornada por parte de la empresa no consentido por el trabajador, que deben dar lugar a estimar el recurso, y, apreciando la existencia de incumplimiento empresarial por imposición al trabajador de una jornada de trabajo excesiva, dictar sentencia declarando la extinción indemnizada del contrato. Idéntica solución ya fue aplicada por esta Sala en la sentencia nº 8688/2008 en la que veníamos a sostener que "la circunstancia de que la empresa obliga al trabajador a realizar una jornada de trabajo de 48 horas semanales, cuando el convenio colectivo establece una jornada ligeramente inferior a 40 horas, a diferencia de otros trabajadores de la empresa que realizan su jornada normal de 40 horas semanales. No siendo esta circunstancia algo esporádico o puramente transitorio, sino que se declara probado que esa jornada de 48 horas semanales es la jornada regular del actor, sin que haya sido pactado voluntariamente por el mismo, ni sea tampoco compensado con jornadas de



descanso o retribuido como horas extraordinarias en la forma prevista en el convenio. (..) Es perfectamente correcta la doctrina jurisprudencial invocada por la empresa en su recurso, pero su aplicación al supuesto enjuiciado conduce a un resultado distinto al postulado por la misma, toda vez que en el caso de autos nos encontramos ante unos incumplimientos empresariales de gravedad y relevancia más que suficiente para justificar la acción ejercitada en la demanda."

Y respecto a la indemnización aplicable, dispone el art. 50 del ET en el apartado 2º que "el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente" y el art. 56.1 del ET en la redacción dada por la ley 3/2012, que en la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 3/2012, relativa a la indemnización por *despido* improcedente, a cuyo tenor, en lo que ahora resulta relevante, dispone que:

" 1. La indemnización por despido prevista en el apartado 1 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LA LEY 1270/1995), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (LA LEY 1270/1995), en la redacción dada por la presente Ley, será de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012.

2. La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

3. En el caso de los trabajadores con contrato de fomento de la contratación indefinida, se estará a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Sexta de esta Ley".

Partiendo del salario regulador diario de 56,97 euros, y de la antigüedad de 7 de febrero de 2005 la indemnización se fija en 31.587,44 euros.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Se estima el recurso de suplicación interpuesto por el letrado de Marco Antonio contra la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2013 por el Juzgado de lo Social núm. 14 de BARCELONA, en los autos núm. 569/2013, seguidos a instancia del recurrente contra AUTOMÓVILES DIMARÁN S.A. y, en su consecuencia, debemos revocar la resolución judicial recurrida, para declarar la extinción del contrato de trabajo entre el actor y la entidad demandada y condenar a ésta última a satisfacer al actor la cantidad de 31.587,44 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.



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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ