

Id Cendoj: 46250340012005103320
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Valencia
Sección: 1
Nº de Recurso: 2103/2005
Nº de Resolución: 3067/2005
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: FRANCISCO JAVIER LLUCH CORELL
Tipo de Resolución: Sentencia

5

R.C. Sent 2103/05

Recurso contra Sentencia núm. 2103/2005

Ilma. Sra. D^a. Isabel Moreno de Viana Cárdenas

Presidente

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Lluch Corell

Ilma. Sra. D^a M^a Luisa Mediavilla Cruz

En Valencia, a cuatro de Octubre de dos mil cinco

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados citados al margen, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA Nº 3067/2005

En el Recurso de Suplicación núm. 2103/05, interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de Febrero de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia, en los autos núm. 1103/04 , seguidos sobre Despido, a instancia de D. Casimiro , asistido del Letrado Jose F. Godoy, contra **SECURITAS TRATAMIENTO INTEGRAL DE VALORES S.A.** asistida del Letrado Eva M^a Facio, y en los que es recurrente el demandado, habiendo actuado como Ponente el/a Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Lluch Corell.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida de fecha 16 de Febrero de 2005 , dice en su parte dispositiva: "FALLO: "Que estimando la demanda formulada, debo declarar y declaro improcedente el despido de D. Casimiro , producido el día 3-12-2004. En congruencia con ello debo condenar y condeno a la demandada **SECURITAS TRATAMIENTO INTEGRAL DE VALORES SA** a que, a su elección, que deberá manifestar en el Juzgado de manera fehaciente, en el plazo de 5 días a contra desde la notificación de esta sentencia, readmita al actor D. Casimiro en su puesto de trabajo o le abone la cantidad de 23.908,50 euros, en concepto de indemnización a la que se deberá añadir los salarios de tramitación a razón de 48,30 euros día desde el 3-12-2004 hasta la notificación de esta Sentencia o hasta que fuera readmitida, según la opción ejercitada".

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "PRIMERO.- Que la parte actora D. Casimiro prestó sus servicios para la empresa demandada, **SECURITAS TRATAMIENTO INTEGRAL DE VALORES S.A.**, desde el 3-12-1993 (doc 1 prueba actora) mediante contratos sucesivos en los siguientes periodos: de 3-12-1993 (doc. 1 prueba actora) mediante contratos sucesivos en los siguientes periodos: de 3-12-1993 a 31-12- 1994; de 1-1-1995 hasta 2-12-1996 de 4-12-1996 hasta 30-9-97; de 1-10-97 hasta 31-3-00; de 1-4-00 hasta la fecha de despido 3-12-2004, en todos ellos la categoría es la misma "CONTADOR PAGADOR", con un salario mensual prorrateado de

1.448,86 euros. La empresa se dedica a la Seguridad Privada en su vertiente de tratamiento integral de valores. Le es de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad (B.O.E. nº 44 de fecha 20-2-2002. SEGUNDO.- En fecha 3 de diciembre de 2004 la empresa demandada comunicó por escrito al actor Carta de Despido con efectos de ese mismo día que consta en el ramo de prueba de la actora folio 289 y de la dda. Al folio 293 y que damos aquí por íntegramente reproducida a efectos de economía procesal, en la que en síntesis, se le imputa una falta muy grave del *art. 55.4 del Convenio vigente*: "falsedad, deslealtad, fraude, abuso de confianza o robo, tanto a los compañeros de trabajo como a la empresa o terceros relacionados con el servicio durante el desempeño de sus tareas o fuera de las mismas", así como una falta muy grave del *art. 55.13 del Convenio Vigente* en relación con el *art. 54.2 D) del E.T.* "la disminución voluntaria y continuada del rendimiento". TERCERO.- La empresa demandada impartió instrucciones de contaje respecto a un cliente determinado en fecha 15-9-2004 y 18-10-2004, mediante correo electrónico (folios 295 a 297 prueba dda). CUARTO.- El actor disfrutó sus vacaciones anuales en Septiembre de 2004. QUINTO.- En el año 2004 la media de incidencia de recuento diario fue de 160 euros día. SEXTO.- El actor desempeña el mismo puesto de trabajo desde el inicio de su prestación de servicios el 3-12-1993 para la misma compañía, si bien durante el periodo 3-12-93 a 31-12-94 su denominación social era **SECURITAS SEGURIDAD LEVANTE SA**. SEPTIMO.- En la última nómina del actor (única apartada tanto por la actora como por la dda.) correspondiente al periodo 1 al 30 de noviembre 2004 se incluye como parte del devengo 312,50 euros en concepto de "horas extraordinarias no estructurales". OCTAVO.- Que el actor no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de Representante legal de los trabajadores. NOVENO.- En fecha 22-12-2004 se celebró el preceptivo Acto de Conciliación ante el S.M.A.C. con el resultado de SIN AVENENCIA."

TERCERO.- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, que fue impugnada por la representación contraria. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la empresa demandada la sentencia de instancia que, estimando la demanda, declaró la improcedencia del despido del trabajador y condenó a la empresa a hacerse cargo de las consecuencias de tal declaración en los términos previstos en el *artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores* -en adelante, ET-. El recurso contiene un único motivo que se redacta al amparo de la *letra c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* -en adelante, LPL-. Lo único que se cuestiona en él, es la cantidad que como salario regulador del despido, ha sido tomada en consideración por la sentencia recurrida. En este sentido, se alega por la empresa que la resolución judicial adolece del vicio de incongruencia extensiva, pues tal salario, es superior al fijado por el actor en su demanda, por lo que termina suplicando que el cálculo de la indemnización y de los salarios de tramitación derivados de la declaración de improcedencia del despido, se efectuó teniendo en cuenta un salario de 1.136'36 euros netos, que se corresponde con un bruto de 1.387'81 euros.

2. Dados los claros términos en que está redactado el escrito de recurso, procede entrar en su examen y resolución, pese a que los preceptos invocados en él, sean de carácter procesal y no sustantivo, como sería propio de un motivo redactado al amparo de la *letra c) del artículo 191 LPL*. Pues bien, basta un somero examen de las actuaciones, para comprobar que, tal y como se dice en el escrito de recurso, el salario tomado en consideración por la sentencia para fijar las consecuencias económicas de la declaración de improcedencia del despido, es superior al solicitado por la parte actora. En efecto, ya en el párrafo segundo del hecho primero de la demanda, se señala que el salario bruto del trabajador ascendía a la cantidad de 1.387'81 euros, abonada en el mes de noviembre de 2004. En el acto del juicio y en trámite de contestación a la demanda, la empresa opuso un salario de 1.136'36 euros, que no es más que la cantidad neta percibida por el actor en el referido mes de noviembre, a lo que el trabajador demandante contestó que ratificaba el de la demanda. Así las cosas, cuando la sentencia de instancia fija un salario regulador del despido de 1.448'86 euros, entendiendo que se debe incluir en su cómputo el importe de lo percibido en el mes de noviembre en concepto de "H.Extra No Est", no sólo incurre en incongruencia al dar más de lo pedido por el actor, sino que, además, está alterando los términos del debate, con violación del principio de defensa y, por consiguiente, del derecho constitucional de tutela judicial efectiva de la empresa demandada, recogido en el *artículo 24 de la Constitución Española*. En efecto, la cuestión relativa a si se debe o no incluir en el salario regulador del despido lo abonado en concepto de horas extras, es compleja y depende de las circunstancias concurrentes como, por ejemplo, de la habitualidad en la realización de tales horas. En definitiva, exige una petición a tal efecto por parte de quien pretenda su inclusión en el salario regulador -normalmente, el demandante-, así como el consiguiente debate en el acto del juicio, acompañado de la prueba que se estime necesaria. Lo que no resulta admisible, es que sea el juez el que "motu proprio" eleve la cuantía del salario que había sido solicitada por la parte actora, hurtando a las partes y, en concreto a la empresa demandada, de la posibilidad de cualquier debate sobre la cuestión.

3. Así pues, el recurso debe ser estimado, con lo que el importe de la indemnización y de los salarios de tramitación derivados de la declaración de improcedencia del despido, se deberá calcular sobre un salario bruto de 1.387'81 euros, que fue el solicitado en la demanda y el percibido por el actor en el mes de noviembre, que fue el anterior a que se formalizara su despido.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 201 LPL* , se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución de la consignación o, en su caso, la cancelación de los aseguramientos prestados hasta el límite de las responsabilidades que se declaran en la presente sentencia, así como del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa " **SECURITAS TRATAMIENTO INTEGRAL DE VALORES, S.A.**", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.6 de los de Valencia y su provincia, de fecha 16 de febrero de 2005 , en virtud de demanda presentada a instancia de DON Casimiro ; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida en cuanto al importe de los salarios de tramitación y de la indemnización que debe abonar la empresa y que quedan fijados en las siguientes cantidades:

Salario día: 46'26 euros.

Indemnización: 22.898'86 euros.

Se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución de las cantidades consignadas o, en su caso, la cancelación de los aseguramientos prestados hasta el límite de las responsabilidades que se declaran en la presente sentencia y del depósito constituido para recurrir.

La presente Sentencia, que se notificará a las partes y al Ministerio Fiscal, no es firme; póngase certificación literal de la misma en el rollo que se archivará en este Tribunal y también en los autos, que se devolverán al Juzgado de procedencia tan pronto adquiera firmeza para su ejecución.

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

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido leída en audiencia pública por el/a Ilmo/a Sr/a Magistrado/a Ponente que en ella consta en el día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, doy fe.