



**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CANTABRIA**

Avda Pedro San Martin S/N

Santander

Teléfono: 942357126

Fax.: 942357004

Modelo: TX004

Procedimiento Ordinario 0000159/2017 - 00

JUZGADO DE LO SOCIAL N° 4 de Santander

Proc.: **RECURSOS DE SUPPLICACIÓN**

Nº: **0000818/2017**

NIG: 3907544420170000938

Resolución: Sentencia 000932/2017

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Recurrente	[REDACTED]	
Recurrido	SEMARK A.C. GROUP, S.A	

SENTENCIA nº 000932/2017

En Santander, a 22 de diciembre del 2017.

PRESIDENTA

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

MAGISTRADOS

Ilma. Sra. D^a. María Jesús Fernández García

Ilmo. Sr. D. Ramón Gimeno Lahoz (Ponente)

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por D.^a [REDACTED] contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Santander, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Ramón Gimeno Lahoz, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó **demanda** por D.^a [REDACTED] siendo demandado SEMARK AC GROUP, S.A. sobre Ordinario, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado **sentencia** por el Juzgado de referencia en fecha 1 de septiembre de 2017 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- Como **hechos probados** se declararon los siguientes:
“1º. Relación laboral y sus características. D.^a [REDACTED] ha prestado sus servicios para la empresa SEMARK AC GROUP, S.A. con las siguientes características:

-Antigüedad: 01 de octubre de 2001.

-Categoría profesional: dependiente de frutería.

-Salario: 30,31 euros diarios brutos con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

(Hechos no controvertidos y documental).

2º. Excedencia voluntaria y reincorporación D.^a [REDACTED] comenzó con fecha 11 de septiembre de 2014 el disfrute de una excedencia voluntaria hasta el 15 de enero de 2017.

El 22 de noviembre de 2016 la trabajadora comunicó a la empresa su deseo de reincorporación un mes antes de la finalización de la excedencia.

La empresa denegó la petición por ausencia de puesto vacante.

Tras aceptar la denegación, la actora comunicó el 10 de enero de 2017 su reincorporación por finalizar el periodo de excedencia.

La empresa nuevamente denegó la petición por ausencia de puesto vacante mediante escrito de 18 de enero de 2017, si bien le ofreció un puesto de trabajo a 20 horas semanales de dependiente de frutería en Autol (La Rioja) en un establecimiento de nueva apertura.

Posteriormente, mediante carta de 07 de abril de 2017, la empresa ofreció a D.^a [REDACTED] un puesto de cajera con polivalencia en frutería en el establecimiento Lupa 15, sito en la calle Vargas 49, de Santander con una jornada de 21,25 horas semanales.

Finalmente, mediante carta de 12 de mayo de 2017 se ofreció a la demandante un puesto de trabajo en el establecimiento Lupa 20, sito en la calle Panamá nº 1, de Santander con una jornada de 20 horas semanales (Hechos no controvertidos).

No existen en la empresa plazas vacantes en puestos de igual o similar categoría profesional de la actora.

(Documental).

3º. Conciliación. Con fecha 16 de febrero de 2017 la parte actora presentó papeleta de conciliación, celebrándose el acto de conciliación con fecha 01 de marzo de 2017 con el resultado de celebrado sin avenencia.”

TERCERO.- En dicha sentencia aparece el siguiente **fallo**:

“En atención a lo expuesto, se desestima íntegramente la demanda interpuesta por D.^a [REDACTED] contra SEMARK AC GROUP, S.A., a quien se absuelve de todos los pedimentos formulados contra ella.”

CUARTO.- Contra dicha sentencia anunció **recurso de suplicación** la parte actora, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución del presente recurso de suplicación **debe partir** de los siguientes extremos:

a) En la demanda se solicitó que se declarar el derecho de la actora a la reincorporación tras la excedencia voluntaria.

b) La sentencia de la instancia desestimó la demanda.

c) La representación de la trabajadora formula recurso de suplicación para la modificación fáctica -para que se haga constar la firma de dos contratos de interinidad y dos contratos eventuales- , y por infracción jurídica del art. 46-5 ET -por evidenciar dicha contratación temporal la existencia de vacantes- .

d) La parte contraria impugna este recurso de suplicación entendiendo que no hay demostración de que haya vacantes de la misma categoría y función que la que desempeñaba la actora.

SEGUNDO.- Sobre la base del art. **193-b LRJS**, y al amparo de los documentos obrantes en los folios 38 a 42, la parte demandante/recurrente solicita la supresión del párrafo 7 del hecho probado segundo, y su sustitución por otro con el siguiente contenido: “...*Con posterioridad al 15/01/2017 la demandada SEMARK A.C. GROUP, S.A. ha formalizado cinco contratos temporales de trabajo (dos de interinidad y tres eventuales, por circunstancias de la producción, al menos), jornada completa y centros de trabajo ubicados uno en Ampuero, uno en Camargo y tres en Santander para puestos de trabajo de VENDEDORES...*”. A ello se opone la parte la empresa/demandada, entendiendo que es irrelevante por no demostrar dichos documentos que existieran vacantes de la misma categoría y función que desempeñaba la actora.

Sobre esta pretensión debe recordarse la jurisprudencia existente en materia de adición fáctica, expuesta en la sentencia del TS de fecha 2-3-16 (rec. 153/2015) y las muchas que allí se citan, donde se expresa que existe una jurisprudencia consolidada por la 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 una nueva valoración de la prueba porque ello implicaría negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica -lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes- .

Es por ello por lo que, como indican las sentencias del TS de 19-12-13 (rec. 37/2013) ó 25-3-14 (rec. 161/2013), para que prospere la denuncia

del error en este trámite, es preciso que concurren los siguientes requisitos:

a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico, no bastando mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos.

b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas, no siendo suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada.

c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar eventualmente el fallo de instancia -Ss TS 2-7-92 (rec. 1959/1991), 6-6-12 (rec. 166/2011), 18-18-12 (rec. 18/2012), 28-5-13 (rec. 5/2012)-.

Examinados los documentos obrantes en los folios indicados, se comprueba la veracidad fáctica de lo peticionado, por lo que procede tanto la supresión solicitada -referida a que no existen en la empresa plazas vacantes en puestos de igual o similar categoría profesional de la actora-, como la adición instada -relativa a que con posterioridad a la solicitud de reingreso la empresa ha formalizado 5 contratos temporales a jornada completa para puestos de trabajo de vendedores- .

TERCERO.- Insta la parte actora/recurrente al amparo del art. **193-c LRJS**, la revocación de la sentencia por infracción del art.46-5 ET interpretado por la jurisprudencia. A ello se opone la parte demandada por considerar correcta la interpretación llevada a cabo, al no constar en las copias básicas de los contratos aportados, ni la categoría, ni el puesto, ni la jornada.

El precepto en cuestión ha sido objeto de unificación de doctrina en la sentencia del T.S. de fecha 12-2-15 (rec. 322/2014) para el supuesto de negativa empresarial de vacante por conversión de contratación temporal a tiempo parcial, en contratación a tiempo completo. Así en esta sentencia se reflexiona:

“3.- La cuestión es distinta en el caso que ahora enjuicamos pues el análisis de la situación existente en el momento en que el actor pretende el reingreso revela que, frente a la manifestación de la empresa de inexistencia de vacantes, se acredita que, siempre después de tal solicitud de reincorporación, se produce la cobertura de plazas acordes con la categoría del actor mediante otros trabajadores vinculados a la empresa a través de contratación temporal y/o a tiempo parcial.

Esa conversión de contratos tiene lugar una vez la empresa conoce la terminación del periodo de excedencia voluntaria del trabajador y su voluntad de reingresar. Por consiguiente, la preferencia del actor para ocupar una plaza vacante debía de implicar la atención a su pretensión ante las situaciones que se produjeran a partir de dicho momento.

Es cierto que la transformación de los contratos no supone el acceso de personal externo a la empresa, pero también lo es que evidencia la existencia de necesidad de mano de obra permanente y de las características del actor. Por consiguiente, se pone de relieve la existencia de puestos de trabajo que se acomodan a esa preferencia de reingreso.

Frente a ello, no cabe aceptar que los trabajadores temporales y/o a tiempo parcial tengan un derecho preferente al del propio actor, en tanto la obligación de la empresa de reincorporarle había nacido ya en el momento en que, solicitado el reingreso, aparecen necesidades que han de cubrirse con otros trabajadores...

4. La preferencia del actor juega de forma decisiva ante la evidencia de la existencia de puestos de trabajo de las características del que ocupaba el trabajador excedente, de suerte que, antes de efectuar la conversión de contratos, debió de tenerse en cuenta el derecho de quien formaba parte de la plantilla de la empresa y satisfacía las características de los puestos para los que se llevaban a cabo tales contrataciones, por más que la transformación del empleo precario en empleo fijo viniera impuesta por compromisos colectivos”.

Dimana por lo tanto del art.46-5 ET una obligación empresarial en la excedencia voluntaria al reingreso del trabajador, que no puede ser desconocida por meros formalismos.

En el presente caso se ha constatado que a la actora/dependienta se le hicieron distintos ofrecimientos de contratación para su reingreso a la

empresa -de supermercados- pero siempre a jornada parcial, que fueron rechazados. Pero se ha constatado también que con posterioridad, esta empresa de supermercados ha llevado a cabo hasta cinco contratos de trabajo a tiempo completo para vendedores -unos de interinidad y otros por 6 meses inicialmente-. En estas condiciones debe concluirse que se ha evidenciado la existencia de una necesidad de mano de obra permanente en la empresa y de las características de la actora, por lo que debe reconocerse su derecho al reingreso.

Lo anterior no queda desvirtuado por el hecho de que en los nuevos contratos de trabajo formalizados no aparezca el puesto de trabajo, pues lo relevante no es el puesto de trabajo, sino -como dice el art. 46-5 ET- la categoría, que debe ser igual o similar. Y desde luego la empresa no ha acreditado que haya diferencia alguna -y menos relevante- entre la categoría de vendedora -que ostenta la demandante- y la de dependienta -con la que se formalizan los contratos nuevos- .

Por todo ello, habiéndose evidenciado la necesidad de mano de obra permanente en la empresa para la categoría vendedora o similar, y no siendo exigible a la trabajadora que lo haga a jornada parcial -como se ha pretendido-, procede la revocación de la sentencia dictada en la instancia, y la estimación de la demanda declarando el derecho de la actora a su reingreso a jornada completa.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimar el recurso de suplicación formulado por D^a. [REDACTED] [REDACTED] contra la sentencia de fecha 1-9-17, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Santander en el proceso ordinario 159/2017, seguido a instancia de la [REDACTED] contra la empresa Semark AC Group S.A., y revocando la misma declarar el derecho de la actora a su reingreso en la empresa.

Pásense las actuaciones al Sr. Letrado de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito, suscrito por Letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social de Cantabria, dentro del improrrogable plazo de los **diez días** hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, con tantas copias como partes recurridas, y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.

Advertencias legales

Si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia y no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena. Pudiendo sustituir dicha **consignación** en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere 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, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, deberá

acreditar, mediante resguardo entregado en la secretaria de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar del siguiente modo:

- a) Si se efectúa en una oficina del BANCO DE SANTANDER se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº [REDACTED].
- b) Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta bancaria [REDACTED], haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta [REDACTED].

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen 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 adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

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

<p>Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/Indexed.htm Fecha y hora: 03/01/2018 09:00</p>	<p>Firmado por: Varios</p> <p>Código Seguro de Verificación 3907534000-e9a9a33c023094eb20f6d667df80f697qZQIAA==</p>
--	---

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la sala de audiencia de este Tribunal. Doy fe.

DILIGENCIA.- La pongo yo el/la Letrado/a de la Admón. de Justicia, para hacer constar que en la misma fecha se envía copia de la anterior sentencia, a efectos de notificación a la Fiscalía del Tribunal Superior. Doy fe.

OTRA.- Para hacer constar que en el mismo día de su fecha se incluye el original de la precedente resolución, una vez publicado, en el libro de sentencias de esta Sala de lo Social, poniendo en la pieza del recurso y en los autos certificación literal de la misma. Seguidamente se notifica en la oficina judicial a las partes que comparecen, y al MINISTERIO FISCAL y letrados ANDRÉS DE DIEGO MARTÍNEZ Y PEDRO MÉNDEZ GAUTIER se les notifica telemáticamente la sentencia dictada, de conformidad con lo establecido en los artículos 56 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Doy fe.