

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, Sentencia 149/2017 de 8 Feb. 2017, Rec. 712/2016

Ponente: Muñoz Esteban, Fernando.

Nº de Sentencia: 149/2017

Nº de Recurso: 712/2016

Jurisdicción: SOCIAL

Indemnización por daños y perjuicios a la empleada a la que no le permitieron rescindir su contrato tras la reducción obligatoria de jornada

RESPONSABILIDAD CIVIL. Derecho a la indemnización de los daños y perjuicios reclamados por trabajador. La indemnización se fundamenta en la negativa de la empresa a aceptar la extinción contractual del artículo 41.3 ET. La trabajadora optó por dicha extinción sin que la empresa la concediera. Resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al verse obligada a continuar prestando servicios durante más de dos años con unas condiciones laborales menos favorables a las que tenía anteriormente. Compatibilidad de la indemnización del artículo 41.3 ET con la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios, al haberse declarado ilegal la modificación sustancial que supuso la disminución del salario.

El TSJ Madrid desestima el recurso de suplicación interpuesto frente a resolución del Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid y confirma la condena al pago de indemnización de daños y perjuicios por la negativa a la extinción voluntaria del contrato por parte del trabajador.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

NIG : 28.079.00.4-2014/0051322

Procedimiento Recurso de Suplicación 712/2016-M

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid Procedimiento Ordinario 1150/2014

Materia : Materias laborales individuales

Sentencia número: 149/2017

Ilmos. Sres

D. /Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D. /Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D. /Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

En Madrid a ocho de febrero de dos mil diecisiete habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación 712/2016, formalizado por el/la LETRADO D. /Dña. ANTONIO BENGOCHEA GARCÍA en nombre y representación de SERESMA S.L., contra la sentencia de fecha 30 de abril de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 1150/2014, seguidos a instancia de D. /Dña. Salvadora frente a SERESMA S.L., en reclamación de Derechos y Cantidad, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D. /Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados: " *PRIMERO.- Salvadora prestó sus servicios para la empresa demandada el 08-07-2006 hasta el 28-02-2014 con la categoría profesional de limpiadora y percibiendo un salario mensual de 1.218,44 euros con prorrata de pagas extras, siendo el Convenio Colectivo aplicable el de la Limpiezas y Locales de la Comunidad de Madrid, publicado en el BOCM el 10-03-2014.*

SEGUNDO.- El día 08-02-2012 la empresa entregó a la demandante carta con efectos desde el día 09-03-2012 modificándole el horario y la jornada, pasando de 38 horas y 50 minutos a 34 horas y 30 minutos (folio 54 autos). Al no estar conforme con esa decisión, el día 22-02-2012 Salvadora comunicó a la empresa mediante burofax su opción por la extinción de la relación laboral al amparo del artículo 41.3 del E.T. , con efectos desde el día 09-03-2012 (folio 57-58 autos).

TERCERO.- *A dicha comunicación de Salvadora contestó la empresa demandada mediante carta de fecha 24- 02-2012 (folio 60 autos), que debe tenerse por reproducida en su integridad, en la cual textualmente se decía:*

"Sirva la presente como contestación a su atenta de fecha 22 febrero 2012. Al respecto debemos indicarle lo siguiente, a saber:

1º.- Esta entidad no comparte, ni confirma su decisión de rescindir unilateralmente su contrato de trabajo.

2º.- Entendemos que la modificación sustancial de condiciones efectuada que afecta a una parte mínima de su jornada, no le causa perjuicio alguno, que motive o cause la decisión de extinguir su contrato.

3º.- Que la decisión de extinguir viene claramente motivada por causas externas a la modificación comunicada, tal y como comunicó a esta empresa anteriormente a efectuar dicha modificación.

4º.- En consecuencia, esta entidad no procederá a abonarle voluntariamente cantidad alguna en concepto de indemnización legal que establece el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores , al no estar incurso en el supuesto regulado."

Tras la recepción de esta carta, Salvadora envió un nuevo burofax a SERESMA, S.L. en el que reiteró su voluntad de rescindir el contrato de trabajo por vía del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores , como consecuencia de la modificación sustancial efectuada y notificada con fecha 8 de febrero de 2012 (folios 62-64).

CUARTO.- *No estando conforme con la decisión de la empresa, Salvadora se vio obligada a continuar prestando*

servicios, interponiendo demanda de la que conoció el Juzgado de lo Social Nº 19 de Madrid autos Nº 310/2012, el cual dictó sentencia el 26-11-12 (folios 104 a 113 autos) estimando la demanda, resolviendo la relación laboral con efectos desde el día 26-11-2012 al entender que "la reducción de jornada operada causa un evidente perjuicio a la trabajadora al ver reducidos sus ingresos de forma significativa" y condenando a la empresa a abonarle la indemnización correspondiente a veinte días de salario por año de servicio. Dicha Sentencia fue recurrida por SERESMA, S.L., siendo confirmada por la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 20-12-2013 (folios 115 a 120 autos).

QUINTO.- Durante la tramitación del primer procedimiento seguido ante el Juzgado Nº 19, la empresa demandada mediante escrito de fecha 16-07-2012 (folio 66 autos) y con efectos desde el 01-08-2014 volvió a modificar el horario y la jornada a Salvadora, imponiéndole la realización de 33 horas y 50 minutos semanales. Al no estar conforme con esta decisión, nuevamente Salvadora optó por la extinción de la relación laboral al amparo del artículo 41.3 del E.T., mediante escrito de 18-07-12 (folio 68), y nuevamente la demandada no aceptó su opción por la extinción de la relación laboral mediante burofax remitido a Salvadora el 23-07-12 en los siguientes términos:

"Acusamos recibo a su carta de fecha 19 de julio de 2012, y en relación con la misma le participamos que no se dan las condiciones para aceptar la resolución indemnizada de su contrato de trabajo al amparo de lo previsto en el artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores, por no que no se acepta su pretensión de extinción contractual".

SEXTO.- Contra dicha negativa a actora interpuso demanda que correspondió al Juzgado de lo Social Nº 30 de Madrid, autos 1002/2012 (folios 154 y siguientes), continuando prestando sus servicios en la empresa con las nuevas condiciones, si bien posteriormente desistió de la misma tras la confirmación de la sentencia del Juzgado de lo Social Nº 19 de Madrid (folios 154 y siguientes).

SÉPTIMO.- Como consecuencia de la negativa de la empresa en las dos ocasiones anteriormente expuestas de aceptar la opción de la demandante por la extinción de la relación laboral, Salvadora continuó prestando servicios a razón de 36,50 horas semanales desde el 09-03-2012 y desde el 01-08-2012 a razón de 33,50 horas semanales y hasta el día 28-02-2014 (folio 181 autos), fecha de notificación a la empresa de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la que se confirmaba la del Juzgado Nº 19.

OCTAVO.- Las diferencias salariales dejadas de percibir por la demandante entre la jornada de 38 h y 50 minutos y las cobradas tras las dos reducciones de jornada durante el periodo comprendido entre el 09-03-2012 en el que se redujo por primera vez su jornada y hasta el 28-02-2014 en la que se extinguió la relación laboral, teniendo en cuenta que Salvadora permaneció en situación de incapacidad temporal desde el día 07-09-2012 y hasta el día 09-09-2012 y desde el 20-12-2013 hasta el 14-03-2014 por una fractura de radio distal derecho y cubito, son las que constan en el Hecho Noveno de la demanda que deben tenerse por reproducidas en su integridad, ascendiendo a un total de 4.320,82 Euros.

NOVENO.- Salvadora presentó la obligatoria papeleta de conciliación ante el SMAC, con anterioridad a la presentación de su demanda, celebrándose la conciliación con el resultado que consta en la certificación que obra unida a los autos (Folio 13).

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: " ESTIMANDO la demanda formulada por Salvadora contra la empresa SERESMA, S.L., DEBO DECLARAR Y DECLARO el derecho del/la demandante a la indemnización de los daños y perjuicios reclamados, CONDENANDO a la empresa demandada a abonar al/a la trabajador/a por tal concepto la cantidad de CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTE EUROS CON OCHENTA Y DOS CENTIMOS (4.320,82 Euros)."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por SERESMA SL, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 11 de enero de 2017 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandada formula recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, desarrollando el primer motivo al amparo del apartado a) del artículo 193 LRJS y pidiendo a continuación la revisión de la declaración fáctica y el examen del derecho aplicado en dicha resolución, por los cauces respectivos de los apartados b) y c) de dicho artículo.

Al recurso se opone la demandante en su escrito de impugnación por las razones alegadas en el mismo.

Ahora bien, a la vista de las alegaciones realizadas, se ha de significar lo siguiente:

1.- El recurso de suplicación es de naturaleza extraordinaria y, a diferencia del recurso ordinario de apelación (en el que el Tribunal "ad quem" puede revisar "ex novo" los elementos fácticos y consideraciones jurídicas de la sentencia recurrida), dicho recurso -a modo de pequeña casación- no faculta al Tribunal sino para analizar los concretos motivos del recurso, que han de ser canalizados por la vía de los párrafos a), b) ó c) del art. 193 de la LRJS , según se articule una denuncia de normativa procesal, generadora de indefensión y que produce la consecuencia prevista en los números 1 y 2 del art. 202 LRJS , se denuncien yerros fácticos evidentes y trascendentes al fallo y/o, finalmente, se invoquen infracciones de normativa sustantiva o material, conllevando en estos dos supuestos, a diferencia del primero, las consecuencias contempladas en el número 3 del propio artículo 202 LRJS .

De modo que, en lo que respecta al error fáctico, ha de denunciarse por el cauce del artículo 193 b) LRJS , mientras que el error de derecho en la apreciación de la prueba, por aducirse infracción de una norma, ha de formalizarse por la vía del artículo 193 c) LRJS , indicando la disposición concreta que se considera infringida, en el bien entendido de que la infracción de una norma procesal no es incardinable en el motivo contemplado en el artículo 193 c) LRJS (según resulta de la doctrina del Tribunal Supremo en sentencias de 2-7-1984 y 16-6-1986 , dictadas en relación al art. 191 c) LPL y que sería plenamente aplicable a la nueva normativa procesal laboral), sino que debe acudir, cuando se alegue una infracción de normas procedimentales aduciendo la recurrente que se le ha causado indefensión, al cauce del artículo 193 a) LRJS , solicitando la nulidad de actuaciones, que es, conforme a lo indicado anteriormente, el efecto propio de la apreciación del motivo que se formula al amparo de dicho apartado a) del artículo 193, tendente a que por el Juzgado de instancia, tras remediar la infracción procesal, se dicte una sentencia respetándose todas las garantías legales (a diferencia de lo que ocurre con el formulado al amparo de su apartado c), que busca simplemente la revocación de la sentencia de instancia) y su ubicación en la formalización debe ser efectuada en primer lugar, debiendo resolverse lo que proceda en relación con dicha alegación también en primer término.

Con todo, resulta preciso a tales efectos que se haya producido una indefensión de carácter material y no meramente formal, pues en caso contrario no cabe declarar la nulidad de actuaciones, y es que, según reiterada jurisprudencia, la nulidad de actuaciones procesales se configura como un remedio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación, dada la notoria conmoción procedimental que supone tanto para las partes como para el principio de celeridad o economía procesal, que constituye una de las metas a cubrir por la Administración de Justicia como servicio público que aspira a satisfacer adecuadamente las pretensiones que en petición de amparo jurisdiccional se hacen a los órganos judiciales, por lo que su estimación queda sometida al cumplimiento de unos estrictos condicionamientos y la indefensión constitucionalmente prohibida es la material, no la formal, habiendo declarado el Tribunal Constitucional asimismo que la ley no ampara a quien con su negligencia o pasividad contribuye a su indefensión, que será por tanto formal pero no material (SSTC 41/89 , 145/90 , 181/94 y 137/96 , entre otras).

Por lo demás, dada la extraordinaria naturaleza del recurso de suplicación, asentada en constante jurisprudencia, aunque pudieran existir otras infracciones no denunciadas no pueden éstas ser consideradas por el Tribunal "ad quem", salvo en aquellos supuestos que, por su propia naturaleza, trascendieran al orden público procesal, dado el carácter de derecho necesario ("ius cogens") que conlleva su aplicabilidad incluso de oficio. Sin que quepa ignorar que corresponde exclusivamente a las partes la construcción e impugnación del recurso, pues una solución distinta equivaldría a atribuir al Tribunal "ad quem" la redacción "ex officio" del recurso o su impugnación, lo que pugna con el principio dispositivo o de justicia rogada y su consecuencia no podría ser otra que la lesión del principio de tutela

judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución .

2.- En el supuesto ahora enjuiciado la demandada afirma en el primer motivo que con la sentencia recurrida se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión recogidos en el artículo 24 de la Constitución y el artículo 97.2 LRJS , al introducir como hechos probados valoraciones jurídicas que predeterminan el fallo. Y es que, al entender de la recurrente, en los Hechos Probados Cuarto y Séptimo se recogen juicios de valor que son claramente predeterminantes del fallo.

Ahora bien, en primer lugar hemos de señalar que, de existir en el presente caso esa predeterminación del fallo, la única consecuencia sería la de tener por no puestos los extremos impugnados. Pero, al margen de lo anterior, lo cierto es que si se observan dichos hechos probados (en que se viene a indicar, respectivamente, que la actora se vio obligada a continuar prestando servicios al no estar conforme con la decisión de la empresa -Hecho Probado Cuarto- y que continuó prestando servicios como consecuencia de la negativa de la empresa de aceptar la opción de la demandante por la extinción de la relación laboral -Hecho Probado Séptimo-) se aprecia que la Magistrada de instancia no realiza ninguna valoración, sino que tan sólo establece una relación causal, no pudiendo considerarse que los hechos impugnados sean predeterminantes del fallo .

Y en consecuencia, no apreciándose en ningún caso infracción de normas o garantías del procedimiento, generadoras de indefensión material, que deba comportar la nulidad pretendida, se ha de rechazar este primer motivo del recurso.

SEGUNDO.- A continuación, en los siguientes motivos del recurso la demandada solicita, al amparo del artículo 193 b) de la LRJS , la revisión de los hechos declarados probados, en los términos que propone.

Ahora bien, a la vista de las alegaciones realizadas, se ha de significar que, según tiene declarado la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Sentencias de 28 de septiembre de 2004, recurso de suplicación 878/2004 y de 26 de junio de 2007, recurso de suplicación 1225/05 y esta misma Sala del T.S.J. de Madrid en la de 13-5-2009 (Rec. 1472/09), entre otras, con doctrina enteramente aplicable tras la entrada en vigor de la LRJS , se vienen considerando como requisitos a tener en cuenta para la procedencia de la revisión fáctica:

- 1.-Imposibilidad de aducir cuestiones fácticas nuevas no discutidas en el procedimiento.
- 2.-Precisión y claridad en la concreción del hecho o hechos a revisar.
- 3.-Determinación explícita y concreta de las pruebas documentales o periciales que sirvan de sustento a su pretensión, no siendo viables las interpretaciones distintas de las mismas pruebas ya valoradas por el Juez "a quo".
- 4.-No pueden servir para la revisión la referencia genérica a las pruebas practicadas, ni la alegación de inexistencia de prueba de hechos declarados como acreditados, ni la mención de determinados medios probatorios desvirtuados o contradichos por otros también incorporados a las actuaciones.
- 5.-El error del Juzgador debe inferirse directamente de las específicas pruebas documentales o periciales aducidas, y no de hipótesis, conjeturas o razonamientos efectuados a partir de las mismas.
- 6.-Debe ofrecerse el correspondiente texto alternativo que se pretende vaya a sustituir al llamado a ser suprimido.
- 7.-Por último, es necesario que la revisión propuesta, ya sea a través de la modificación, supresión o adición instada, resulte trascendente o relevante en orden al enjuiciamiento y resolución del tema litigioso objeto de debate.

Pues bien, en el supuesto de autos la representación de la demandada solicita en el segundo motivo la adición de un nuevo Hecho Probado, en los términos propuestos, interesando que se haga constar que prestaba servicios en los centros indicados en jornada de 38 horas y 50 minutos semanales. Sin embargo, lo cierto es que la revisión pedida resulta por completo intrascendente al recurso, al constar ya que era esa la jornada realizada y que la misma fue reducida, por lo que se resolvió por sentencia la relación laboral, que es lo realmente relevante, lo cual obliga a rechazar este motivo.

Como igualmente obligado resulta rechazar los motivos Tercero, Quinto y Sexto, en los que la recurrente pretende igualmente que se consignen hechos recogidos en la sentencia del Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid, ya que de nuevo las revisiones pedidas carecen de toda trascendencia a los efectos del presente litigio, al ser lo relevante aquí, conforme a lo indicado, que la actora hubo de instar la resolución de la relación laboral al no aceptar la empresa la extinción del contrato, a la que tenía derecho como consecuencia del cambio de condiciones laborales,

permaneciendo prestando servicios mientras tanto y sufriendo los perjuicios consiguientes.

Y lo mismo cabe decir en lo que respecta a los motivos Cuarto, Séptimo y Octavo, en tanto en cuanto las revisiones pretendidas por la recurrente serían igualmente intrascendentes al fallo, por las razones ya indicadas.

En definitiva, ninguna de las revisiones pedidas resulta posible, en el bien entendido de que, al no ser la suplicación una segunda instancia y configurarse como un recurso de naturaleza extraordinaria, lo que implica el objeto limitado del mismo, el Tribunal "ad quem" no puede valorar "ex novo" toda la prueba practicada, como si de una apelación se tratara, como no puede revisar "in totum" el Derecho aplicable, y ello aun cuando las pruebas estuvieran mal interpretadas y aunque el Derecho estuviera mal aplicado. Y ha de insistirse asimismo en que el criterio del juzgador para establecer la datación fáctica no puede ser sustituido por el interesado y particular del recurrente sino en virtud de causa objetiva, contundente y suficientemente acreditada que evidencie de manera patente e incuestionable un error en la narración histórica con trascendencia al recurso, y nunca en virtud de otras pruebas de similar valor a las que el juez considere preeminentes o que ya fueron tenidas en cuenta por él para la conformación de su juicio.

TERCERO.- Al examen del derecho aplicado dedica la recurrente los siguientes motivos, en que, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , denuncia la infracción del artículo 41.3 ET y de la jurisprudencia (motivo Noveno), así como del artículo 1101 C.C . y de la jurisprudencia que cita (motivo Décimo).

Así las cosas, vistas las alegaciones realizadas, se ha de significar que para la resolución de las cuestiones planteadas en estos motivos del recurso deben hacerse las consideraciones siguientes:

1ª) Para que pueda estimarse la demanda ha de quedar acreditado el hecho constitutivo de la acción ejercitada por el demandante, recayendo sobre éste la carga de la prueba de dicho hecho, según declararon, aplicando la norma del art. 1214 del Código Civil , las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1980 , de 21 de diciembre de 1981 , de 15 de abril de 1982 y de 31 de octubre de 1983 , entre otras muchas, y tal como se establece tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su art. 217 , pfo. 2º, siendo preciso en todo caso para la existencia de la acción que haya una norma que anude al supuesto de hecho el efecto jurídico pedido, según cabe deducir de la propia disposición mencionada, e incumbiendo al demandado por su parte la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos constitutivos de la acción (art. 217.3 LEC).

2ª) Nuestro Código Civil diferencia claramente en el art. 1089 como fuente de las obligaciones los "actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia", de las otras fuentes, a saber: la ley, los contratos y los cuasicontratos. Sin embargo, aun cuando pueda parecer que hay una total separación entre las obligaciones que tienen su origen en los actos u omisiones culposos o negligentes, y las que surgen de la ley, de los contratos y de los cuasicontratos, está ya abandonada la doctrina que contraponía la responsabilidad contractual a la extracontractual debido a la distinta naturaleza del deber transgredido, reconociéndose en la actualidad que no hay más que diferencias de régimen entre ellas.

Pues bien, conforme al art. 1258 del Código Civil , los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, debiendo subrayarse que lo que configura el contrato de trabajo como recíproco es la correspondencia que existe entre las prestaciones básicas del trabajador (prestar sus servicios bajo el poder de dirección de la empresa) y del empresario (remunerar el trabajo del empleado), debiendo cumplir uno y otro con las obligaciones que les son propias, bien entendido que la buena fe debe presidir todas las relaciones contractuales y especialmente la relación de trabajo.

Por lo demás, en nuestro Derecho rige como regla general - art. 1096 del Código Civil - la de la ejecución "in natura" para los supuestos de incumplimiento de la obligación, y sólo cuando dicha ejecución resultase imposible procede pedir - art. 1101 C.C .- la indemnización como sustitutiva de la prestación que no puede realizarse, en el bien entendido de que la norma de este artículo (que establece que "quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas") comprende cualquier medio o forma de incumplimiento (Sª TS de 4-10-1985), incluyéndose en ella el cumplimiento tardío que supone la mora, que no es propiamente incumplimiento (Sª TS de 28-9-2000), pero se ha de tener en cuenta en todo caso que

son requisitos de la responsabilidad por culpa contractual la responsabilidad del sujeto, la conducta culposa o imprevista, el daño y la relación causal (SSTS de 2-4-1986 y 10-7-2003), de forma que es preciso probar la existencia de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama (SSTS de 31-1-2001 , 29-3-2001 , 26-7-2001 , 30-4-2002 y 10-7-2003), de acuerdo con las normas que rigen para el "onus probandi", pues en principio el incumplimiento de la obligación no implica "per se" la producción del daño, y la indemnización se debe por éste y no por el incumplimiento mismo. Y así la parte que alega los daños debe aportar las bases fácticas de la cuantía de la indemnización que reclama, siendo el juzgador, que preside la práctica de la prueba y puede valorar todos los elementos concurrentes en la responsabilidad y en el daño, quien debe proceder discrecionalmente a los cálculos oportunos y a la fijación de la indemnización correspondiente (Sª TS de 22-5-1995 , entre otras), debiendo tenerse en cuenta a la hora de fijar la indemnización un tercer elemento, cual es la evitación del enriquecimiento injusto.

3ª) En el supuesto ahora enjuiciado la recurrente afirma que se han producido las infracciones antecitadas y aduce al efecto que la modificación de condiciones estaba justificada y que por tanto no cabría reclamar indemnización por la disminución salarial y en las cotizaciones. Y añade que si no se ha acreditado el perjuicio, si las bases para el cálculo de la indemnización no pueden ser tenidas en cuenta y si no consta incumplimiento antijurídico por parte de la empresa, no se puede reconocer a la actora el derecho a una indemnización que supondría un claro enriquecimiento injusto.

Ahora bien, a pesar de las alegaciones de la recurrente, lo cierto y verdad es que *la indemnización reclamada se fundamenta en la negativa de la empresa a aceptar la extinción contractual del artículo 41.3 ET , ya que la trabajadora optó por dicha extinción sin que la empresa la concediera, con lo que cabría el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al verse obligada a continuar prestando servicios durante más de dos años con unas condiciones laborales menos favorables a las que tenía anteriormente.*

Debiendo subrayarse, frente a lo manifestado por la demandada, que la trabajadora hubo de presentar demanda ante el Juzgado para instar la resolución de la relación laboral, resolviéndose la misma por sentencia del Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid de 26-11-2012 , al entender que la reducción de jornada operada causaba un evidente perjuicio a la actora al ver reducidos sus ingresos de forma significativa.

Así, aun cuando la recurrente insiste en que no sería aplicable la doctrina de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Málaga de 9-10-2003 y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22-10-2007 , citadas en la sentencia recurrida, ya que en ambas se establece la *compatibilidad de la indemnización del artículo 41.3 ET con la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios, al haberse declarado ilegal la modificación sustancial que supuso la disminución del salario*, lo cierto y verdad es que no existe razón alguna para no adoptar idéntica solución cuando la conducta de la empresa ha ocasionado un perjuicio a la trabajadora, de modo que sería perfectamente posible ejercitar la acción de rescisión y reclamar la indemnización de daños y perjuicios por la disminución operada en su salario durante el período en el que estuvieron vigentes las nuevas condiciones de trabajo, lo que obliga a rechazar también estos motivos al haberse producido un incumplimiento de la empresa, que no aceptó la petición de la actora de resolver el contrato laboral, que le ocasionó un perjuicio económico apreciable que debe ser resarcido por quien lo ha generado (arts. 1101 y 1124 C.C .), sin que sean de recibo las aseveraciones de la recurrente, carentes de justificación.

Por lo cual, con arreglo a lo expuesto, no habiendo incurrido la sentencia de instancia en las infracciones denunciadas, se impone, con previa desestimación del recurso, la confirmación de dicha resolución.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por SERESMA, S.L., contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de los de Madrid de fecha 30 de abril de 2016 , dictada en virtud de demanda presentada por Dña. Salvadora en reclamación de Derechos y cantidad, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, condenando a la recurrente a abonar al Letrado que ha impugnado su recurso la cantidad de 500 euros, en concepto de honorarios. Dése a los depósitos y consignaciones que se hayan efectuado el destino legal.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará

en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827-0000-00-0712-16 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000-00- 0712-16.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.