

Documento TOL7.745.668

Jurisprudencia

Cabecera: Despido nulo. Indemnizacion por despido. Salario de tramitacion

La sentencia dictada por el juzgado de lo social número 7 de granada de fecha 16/02/2018 estimó la demanda interpuesta, declarando la **nulidad del despido** del trabajador practicado el 28/04/2017 condenando a la empresa a abonar al mismo la indemnización de 143, 77 euros y declarando extinguida la relacion laboral en dicha fecha se condenaba igualmente a la demandada a abonarle la suma de 906, 20 euros con los intereses por mora, asi como la cantidad de 1000 euros en concepto de indemnizacion por daños morales derivados de la infraccion de la libertad sindical cometida.

En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los **salarios de tramitacion**.

PROCESAL: Incongruencia omisiva

Jurisdicción: Social

Ponente: [Francisco Manuel Álvarez Domínguez](#)

Origen: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sede en Granada

Fecha: 24/10/2019

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 2491/2019

Número Recurso: 836/2019

Numroj: STSJ AND 16190:2019

Ecli: ES:TSJAND:2019:16190

ENCABEZAMIENTO:

13

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

CON SEDE EN GRANADA

SALA DE LO SOCIAL

MJ

SENT. NÚM. 2491/2019

ILTMO. SR. D. FRANCISCO MANUEL ÁLVAREZ DOMÍNGUEZ ILTMO. SR. D. FRANCISCO JOSÉ VILLAR DEL MORALILTMA. SRA. D^a. RAFAELA HORCAS BALLESTEROS MAGISTRADOS

En la ciudad de Granada, a veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, compuesta por los Iltmos. Sres. Magistrados que al margen se indican, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación núm. **836/2019**, interpuesto por D. Eugenio, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Siete de los de Granada, en fecha 16 de febrero de 2018, en Autos núm. 559/2017, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. FRANCISCO MANUEL ÁLVAREZ DOMÍNGUEZ**.

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero.- En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por D. Eugenio, en reclamación sobre DESPIDO, contra la empresa CLAROJA TOURS SL, con intervención del MINISTERIO FISCAL, y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó sentencia en fecha 16 de febrero de 2018, por la que: *"E stimando la demanda interpuesta por D. Eugenio, y parte demandada, la mercantil Claroja Tours SL.*

Debo declarar como declaro la nulidad del despido del actor; se condena a la empresa a abonar al trabajador una indemnización por importe de 143,77 euros, declarándose extinguida la relación laboral a fecha de esta sentencia.

Debo condenar a la demandada a abonar al actor la cantidad de 906,20 euros y ello con más intereses por mora del art. 29.3 del Estatuto de los Trabajadores .

Debo condenar a la demandada a abonar al actor la cantidad de 1000 euros en concepto de indemnización por daños morales.

Se imponen las costas del presente proceso a la empresa demandada, con el límite legal."

Segundo.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- I. D. Eugenio, con D.N.I. nº NUM000, ha prestado servicios por cuenta de la empresa Claroja Tours SL, con C.I.F. nº B-19616655, como teleoperador con antigüedad de 27/3/2017, con jornada de 27,5 horas semanales y un salario día de 26,14 euros (mensual de 784,42 euros).

II. El centro de trabajo estaba ubicado en Granada, calle San Anton nº 72,4ª planta

III. A esta relación laboral es de aplicación el Convenio estatal de contact center.

IV. Esta relación laboral ha generado un crédito a favor del actor por importe de 906,20 euros conforme a desglose que sigue:

-salario base incluidas las pagas extras , trabajo 32 días, (de 27/3 /2017 a 28/4/2017), con un salario día de 26,14 euros, se le adeuda un total de 836,48 euros;

-vacaciones no disfrutadas, por lo que se le adeuda 69,72 euros.

SEGUNDO.- En fecha 18/4/2017 la INspección de trabajo giró visita a la empresa tras denuncia presentada por Eugenio y emite informe con el tenor que consta al ramo de prueba de la parte actora y que se da por reproducido. En el informe emitido consta que se procede en fecha 27/4/2017 a comunicar las altas de oficio a TGSS de los trabajadores que se encontraban el día de la visita inspectora en el centro de trabajo sito en calle San Antón nº 72, 4ª planta y en concreto del denunciante, y de Mariana y desde 18/4/2017 al no considerar la Inspección acreditada la antigüedad alegada por los trabajadores.

TERCERO.- En fecha 20/4/2017 el actor presenta escrito de denuncia ante la Inspección de trabajo contra la empresa Claroja Tours SL, denuncia que trabaja desde finales de marzo para la demandada, que no ha percibido cantidad alguna, que a través de la Inspección supo que no había sido dado de alta, que un trabajador que reclamó su salario fue despedido, y solicita nueva inspección a los efectos que refiere.

CUARTO.- En fecha 21/4/2017 se extiende acta de constitución de una Sección Sindical del SAT en la empresa Claroja Tours SL ; consta designa delegado de dicha sección sindical a Eugenio.

En fecha 24/4/2017 el Secretario de Accion sindical del SAT de Granada se dirige a Consejeria de Empleo, Empresa y Comercio al objeto de solicitar registro del acta de constitución de la Sección Sindical del SAT en la empresa ClarojaTours SL siendo delegado de la Sección Sindical Eugenio.

Eugenio es delegado sindical de la Sección Sindical del SAT en la empresa Claroja Tours SL

En fecha 27/4/2017 dirige en dicha condición comunicación al gerente de la empresa respecto de los despidos de Natividad y Jesús.

QUINTO.- En el acto de juicio se admite el interrogatorio del legal representante de la demandada que no se practica dada su incomparecencia a dicho acto.

Previamente por resolución de 7/7/2017 se admite la diligencia de prueba interesada consistente en requerir a la demandada documental (cuadrantes de trabajo, partes diarios de trabajo de todo el tiempo trabajado, partes mensuales de trabajo de todo el tiempo trabajado). Dicha documental no ha sido aportada por la demandada

SEXTO.- Se ha cumplido por la parte actora el trámite de conciliación previa extrajudicial ante el CMAC, acto al que no acudió la demandada, pese a haber sido citada en legal forma.

SÉPTIMO.- La empresa demandada consta de baja con fecha de efectos de 11/9/2017.

OCTAVO.- El día 28/4/2017 el actor se presentó en el centro de trabajo de la empresa demandada con documento que le acreditaba como delegado sindical; la persona responsable de la empresa, en presencia de otros trabajadores, le dijo que era un niño, que se marchara, estaba despedido. Al marcharse el actor, la encargada dijo a los trabajadores que allí se encontraban que si alguien tenia algo que ver con todo ello que podría marcharse tambien. Entre los trabajadores que se encontraban en el lugar de trabajo y que presenciaron el incidente citado se encontraba Mariana.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por D. Eugenio, recurso que posteriormente formalizó, siendo en su momento impugnado por el MINISTERIO FISCAL. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente, para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 7 de Granada de fecha 16 de febrero de 2018 estimó la demanda interpuesta, declarando la nulidad del despido del trabajador practicado el 28 de abril de 2017, condenando a la empresa a abonar al mismo la indemnización de 143,77 € y declarando extinguida la relación laboral en dicha fecha Se condenaba igualmente a la demandada a abonarle la suma de 906,20 € con los intereses por mora, así como la cantidad de 1000 € en concepto de indemnización por daños morales derivados de la infracción de la libertad sindical cometida

Se alza frente a la misma en suplicación el demandante, aduciendo diversos motivos al efecto.

SEGUNDO.- Propone en primer término al amparo del artículo 193 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión Considera que la sentencia de instancia no contendría todos los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 286 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. La sentencia debió haber condenado al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la sentencia, habiendo incurrido así en incongruencia omisiva.

No debe darse lugar al motivo interpuesto, puesto que la discrepancia acerca de las consecuencias que debieran desprenderse del pronunciamiento contenido del fallo de la sentencia de instancia, habrá de ser

efectivamente resuelta en vía de recurso de suplicación con alegación de los motivos jurídicos y consideraciones que estime la parte que apoyan su pretensión. En el caso de autos por el contrario, la sentencia recurrida, ha venido a decidir la totalidad de las cuestiones planteadas en la demanda iniciadora de las actuaciones, independientemente de que no lo haya hecho en los íntegros términos propuestos por el recurrente, situación que no equivale a la de falta de respuesta total o parcial de las cuestiones planteadas, en que la incongruencia procesal consiste.

TERCERO.- Se plantea igualmente el recurso al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas. Propone la modificación del fundamento jurídico segundo de la sentencia de instancia, con sustitución de la indemnización ahora recogida por la de 779,90 €.

Debe rechazarse asimismo del motivo planteado, no sólo por cuestiones formales centradas en la pretensión de modificar un fundamento jurídico de la sentencia cuya redacción no corresponde en ningún caso a la parte; sino además porque en otro caso, vendría a suponer la introducción de una conclusión jurídica en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, que evidentemente no constituye un elemento o circunstancia fáctica, únicos que tendrían acceso al mismo.

CUARTO.- Se plantea igualmente el recurso al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para examinar la infracción de normas sustantivas o de jurisprudencia, invocando como conculcados los artículos 286 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social así como 24.1 de la Constitución Española, por haberse establecido un erróneo importe de la indemnización por terminación de contrato, que debió de ser de 779,40 €.

Se aduce un último motivo de recurso, por la misma vía procesal, considerando infringidos los artículos 55.6 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre, 113 y 286 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, al no haberse condenado en el fallo de la sentencia, al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la sentencia.

Debe procederse a un examen conjunto de ambos motivos de recurso, dada la proximidad de los argumentos en los que se basan y la análoga finalidad de los mismos.

Ha de partirse en cualquier caso de que la sentencia de instancia vino a acordar la extinción de la relación laboral sostenida por el trabajador, a la vista de la imposibilidad de readmisión del mismo tras el cierre de la empresa en la que desempeñaba su actividad, como consta en el relato de hechos probados de la sentencia impugnada. Dicha extinción fue asimismo solicitada por la propia parte, no cabiendo por lo tanto en el supuesto de autos, la readmisión del trabajador a la que obligaría lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y concordantes. El importe de dicha indemnización no puede sino ser la fijada para los despidos improcedentes, calculada hasta la extinción de la relación laboral, que tuvo lugar en la propia fecha de la sentencia dictada. Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre: *"1 . Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.*

2 . En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación."

Lo anterior lo es en relación con el artículo 110.a b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por analogía, cuando determina respecto de los despidos improcedentes, que *"b) A solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido,*

calculada hasta la fecha de la sentencia." La interpretación del precepto resultaría incompleta si no se realizase en forma sistemática como apunta la doctrina jurisprudencial, debiendo ponerse su contenido en relación a su vez con el artículo 286 del mismo Cuerpo Legal, que aparece referido al trámite de ejecución de sentencia firme: "1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, cuando se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal, el juez dictará auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir que señala el apartado 2 del artículo 281.

2. En los supuestos de declaración de nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, la víctima del acoso podrá optar por extinguir la relación laboral con el correspondiente abono de la indemnización procedente y de los salarios de tramitación, en su caso, conforme al apartado 2 del artículo 281." Este último precepto, determinaba que "2. Dentro de los tres días siguientes, el juez dictará auto en el que, salvo en los casos donde no resulte acreditada ninguna de las dos circunstancias alegadas por el ejecutante:

a) Declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución.

b) Acordará se abone al trabajador las percepciones económicas previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores . En atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá fijar una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades. En ambos casos, se prorratearán los períodos de tiempo inferiores a un año y se computará, como tiempo de servicio el transcurrido hasta la fecha del auto.

c) Condenará al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la de la mencionada solución."

Corresponde por lo tanto el abono de la oportuna indemnización al trabajador, que queda cifrada en el importe inicialmente mencionado, de 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades. Lo que efectivamente arroja en el supuesto examinado, un importe de 790,74 €, no el recogido erróneamente en la sentencia de instancia, que parte de unos mismos datos de antigüedad y salario diario, pero no calcula su importe hasta la fecha de extinción de la relación laboral, coincidente con la de la propia sentencia dictada en las actuaciones.

Corresponde igualmente el abono de los salarios de tramitación correspondientes al periodo transcurrido entre la fecha del cese el 28 de abril de 2017, y la de extinción de la relación laboral por la sentencia de instancia. Lo que importa la suma de 7.685 €.

Debe estimarse en consecuencia el motivo del recurso, y modificarse la sentencia dictada en instancia en los términos mencionados, manteniendo los restantes pronunciamientos de la misma.

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

FALLO:

I.- Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Eugenio, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 7 de Granada de fecha 16 de febrero de 2018, en el procedimiento seguido a instancias del recurrente, frente a "Clararaja Tours SL", en reclamación por despido y habiendo sido llamado a las actuaciones el Ministerio Fiscal.

II.- Que con estimación del recurso, modificamos la sentencia recurrida incluyendo en la condena a la empresa demandada, la del importe de los salarios de tramitación devengados de 7.685 €, así como rectificando el importe de la indemnización por terminación de contrato ahora establecida, por la de 790,74 €, confirmando la sentencia recurrida en sus restantes extremos.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los

DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".

b) referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".

c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Se advierte en su caso a la empresa condenada que, de hacer uso de tal derecho, al preparar el recurso, deberá presentar en esta Sala resguardo acreditativo de haber consignado la cantidad objeto de la condena, siendo la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala la abierta en la entidad bancaria Santander Oficina C/ Reyes Católicos, 36 de esta Capital con núm. 1758.0000.80.0836.19. Si el ingreso se efectuare por transferencia bancaria, habrá de hacerse en la cuenta del Banco de Santander ES55 0049 3569 9200 0500 1274, debiendo indicar el beneficiario y en "concepto" se consignarán los 16 dígitos del número de cuenta 1758.0000.80.0836.19 ; tal consignación podrá sustituirla por aval bancario, en el que deberá constar la responsabilidad solidaria del avalista, quedando el documento presentado en poder de la Sra. Letrada de la Admón. de Justicia de esta Sala, que facilitará recibo al presentante y expedirá testimonio para su incorporación al rollo.

Asimismo la parte recurrente que no goce del beneficio de la justicia gratuita o de la exención de la obligación de constituir depósitos si recurre deberá presentar en esta Secretaría resguardo acreditativo del depósito de 600 euros en la cuenta corriente de "Depósitos y Consignaciones", abierta a favor de esta Sala, especificando en el campo concepto que se trata de un recurso y mantener la consignación efectuada en la instancia.

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse 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.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada en audiencia pública fue la anterior sentencia el mismo día de su fecha. Doy fe.

.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.