

Documento TOL7.597.507

Jurisprudencia

Cabecera: Incapacidad temporal. Contrato de trabajo. Abuso de confianza

PROCESAL: Plazo de prescripcion. Interrupcion de la prescripcion. Fraude de ley

Jurisdicción: Social

Ponente: [María José Muñoz Hurtado](#)

Origen: Tribunal Superior de Justicia de La Rioja

Fecha: 31/10/2019

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 196/2019

Número Recurso: 181/2019

Numroj: STSJ LR 480/2019

Ecli: ES:TSJLR:2019:480

ENCABEZAMIENTO:

T.S.J.LA RIOJA SALA SOCIAL

LOGROÑO

SENTENCIA: 00196/2019

-

C/ MARQUES DE MURRIETA 45-47

Tfno: 941 296 421

Fax: 941 296 597

Correo electrónico:

NIG: 26089 44 4 2019 0000466

Equipo/usuario: MPF

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000181 /2019

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000150 /2019

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE/S D/ña Inmaculada

ABOGADO/A: JORGE NISO SAENZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: FONDO DE GARANTIA SALARIAL, REHABILITIA TRES, S.L.

ABOGADO/A: LETRADO DE FOGASA, IGNACIO MORENO ALBENDEA

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

Sen t. Nº 196/19

Rec. 181/19

Ilma. Sra. D^a. M^a José Muñoz Hurtado. :

Presidenta. :

Ilmo. Sr. D. Ignacio Espinosa Casares. :

Ilma. Sra. D^a Mercedes Oliver Albuerne. :

En Logroño, a treinta y uno de octubre de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de Suplicación nº 181/19 interpuesto por D^{ña}. Inmaculada asistida del Letrado D. Jorge Niso Saenz contra la sentencia nº 184/19 del Juzgado de lo Social nº Tres de Logroño de fecha diez de julio de dos mil diecinueve y siendo recurridos REHABILITIA TRES, S.L. asistido por el Letrado D. Ignacio

Moreno Albendea y FONDO DE GARANTIA SALARIAL asistido por el Letrado de FOGASA, ha actuado como

PONENTE LA ILMA. SRA. D^{ña}. M^a José Muñoz Hurtado.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRI MERO.- Según consta en autos, por D^{ña}. Inmaculada se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social nº Tres de Logroño, contra REHABILITIA TRES, S.L. y FONDO DE GARANTIA SALARIAL en reclamación de DESPIDO.

SEG UNDO.- Celebrado el correspondiente juicio, con fecha diez de julio de dos mil diecinueve, recayó sentencia cuyos hechos declarados probados y fallo son del siguiente tenor literal: "HECHOS PROBADOS:

PRIMERO.- La demandante venía prestando sus servicios por cuenta y órdenes de la demandada con una antigüedad del 19.04.2011, categoría profesional de limpiadora y salario bruto diario de 39#26 € (ipp).

SEGUNDO.- A la relación laboral existente entre las partes le era de aplicación el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios.

TERCERO.- Iniciado por la actora y en fecha 7.05.2018 inició período de IT por contingencia de enfermedad común y diagnóstico de psoriasis sin artropatía, la empresa le comunicó su despido por causa disciplinaria y efectos del 19.06.2018, por transgresión de la buena fe contractual (realización de la misma actividad para la que estaba contratada durante su baja y para la competencia).

Impugnado judicialmente, se dictó por este juzgado (autos 432/18) y en fecha 11.02.2019 sentencia estimatoria que declaró la improcedencia del despido, por defecto de forma (insuficiente exposición de los hechos en que la empresa basaba su decisión). El contenido y fundamentos de esta sentencia, aportada por la actora con su demanda (doc. 2) y por la empresa en su ramo de prueba (doc. 1) se tienen aquí por reproducidos.

La antedicha sentencia fue a su vez confirmada por la STSJ de 23.05.2019 (rec. 100/19), desestimatoria del recurso de suplicación formulado por la trabajadora en su contra. El contenido y fundamentos de esta sentencia, aportada por la empresa en su ramo de prueba (doc. 4) se tienen aquí por reproducidos.

CUARTO.- La empresa comunicó al Juzgado a través del correspondiente escrito y dentro de plazo, su opción por la readmisión, lo que se proveyó por D.O. de 21.02.2019.

QUINTO.- Con fecha 21.02.2019 la actora remitido al domicilio de la actora burofax comunicándole nuevo despido; burofax que le fue entregado el 22.02.2019, siendo su tenor literal el que sigue: "Estimada Sra Inmaculada : Por medio del presente le comunicamos que tras la notificación realizada a esta parte el día 13 de febrero de 2019 de la Sentencia nº 40/19 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Logroño en los autos de Despido/Ceses en general 432/2018 seguidos a su instancia en reclamación de despido, y en aplicación del art. 10.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS en adelante), esta empresa ha optado por readmitirla en la empresa.

Asimismo, haciendo uso de la facultad que otorga el art. 110.4 de la LRJS , así como de la jurisprudencia que aplica e interpreta dicho precepto, entre otras la STS Sala 4ª de 10 de octubre de 2017 , el alcance del art. 10.4 LRJS "(...) no puede ir sino referido a facilitar o no obstaculizar el ejercicio del poder disciplinario cuando previamente se han producido deficiencias formales en su ejercicio, porque no cabe olvidar que el tiempo transcurrido entre el primer despido y el segundo muy seguramente ha de superar -incluso- el plazo de la prescripción "larga", por lo que el significado de la precisión legal -"podrá efectuarse nuevo despido"- parece hallarse en la interrupción de la prescripción, tal y como parece haber entendido la ya lejana SS 22.06.96 (rcud 2539/95), en la que se mantuvo que las faltas imputadas en el segundo despido realizado dentro de los siete días siguientes al de la declaración de nulidad del primero y fundado en las mismas causas que este, no debe considerarse prescrita cuando no lo estaban en la fecha del primer despido, argumentando al efecto -precisamente- que en el precepto -a la sazón art. 113.2 LPL - "constituirá frecuentemente previsión carente de efectos si se entendiera... que el período de tiempo transcurrido desde la fecha del primer despido y hará que la declaración judicial de su nulidad fuera computable a efectos del plazo de prescripción de las faltas imputadas... dado que tal plazo, por su cortedad, estaría ampliamente cumplido cuando se realizara el segundo despido. De ahí que tal interpretación haya de ser rechazada, pues cabe presumir que la ley consagre un precepto carente de contenido práctico... con lo cual viene a establecer norma que complementa e integra, la que establece el artículo 60.2 del estatuto de los trabajadores , fijando un plazo autónomo para la realización de tal nuevo y segundo despido que excluye sea opuesta eficazmente la prescripción de las faltas, cuando estas, en el segundo despido, fueran las mismas que las imputadas en el primero u no estuvieran prescritas al realizarse este", se le informa que se procede a dar por rescindido su contrato de trabajo de conformidad con lo exigido en el art. 49 y siguientes del Real decreto legislativo 2/2015 , por el que se aprueba el texto Refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores (Estatuto de los Trabajadores en adelante), fundándose la decisión en la transgresión de la buena fe contractual, habiendo obrado con abuso de confianza en el desempeño de su trabajo, actuando incluso en infracción de la legislación laboral y de la Seguridad Social.

Todo ello en consideración a los siguientes hechos: 1. En fecha de 07.05.2018 usted causó baja laboral, estando impedida para llevar a cabo las funciones propias de su categoría de limpiadora.

2. En junio de 2018 se remiten sospechas fundadas de que usted podía prestar servicios como limpiadora en la mercantil titular de los Apartamentos Haro (TURYRES S.L.), empresa dedicada a la prestación de los mismos servicios que Rehabitalia, todo ello mientras se encontraba en situación de baja laboral. Toda vez que no atiende el teléfono para ofrecer explicaciones al respecto, desconociendo además los motivos concretos de su incapacidad laboral, la empresa se ve abocada a contratar al investigador D. Edmundo , para averiguar la realidad de los hechos señalados procediendo a su control y vigilancia los días 10, 11 y 12 de junio de 2018.

3. Tras el análisis del informe del detective contratado, el cual se le adjunta como Documento nº 1, ha quedado acreditado que usted ha estado prestando servicios, en el mismo puesto de trabajo que ostenta en Rehabitalia a TURYRES S.L. aun estando en situación de baja laboral. Así, tal y como se recoge en el informe: a) El día 10 de junio de 2018, sobre las 12:30, cuando el investigador accedió al apartamento a realizar el Check-in usted se encontraba en Apartamentos Haro, situado en el número 34 de la Calle Cuevas, limpiando el suelo del apartamento con una aspiradora.

El Sr Edmundo manifestó su deseo de que la habitación estuviera perfectamente limpia y la cama hecha mientras se alojaba en Apartamentos Haro, por lo que el propietario se acercó a usted, le preguntó si estaría dispuesta a realizar el servicios de limpieza y cama y usted respondió afirmativamente, incluso le solicitó que estableciera el precio del servicio, continuando con las labores de limpieza, esta vez, pasando la aspiradora sobre el suelo del balcón.

En las páginas 4 a 10 del informe se observan fotografías que recogen la situación relatada en las líneas anteriores.

b) El día 11 de junio de 2018 el detective continuó monitorizando su actividad, iniciando la misma a las 9:15 horas, momento en el que se cruzó con usted en el interior del apartamento.

A las 9:25 el investigador accedió otra vez al apartamento, momento en el que la observó haciendo la cama y posteriormente limpiando la placa de vitrocerámica del apartamento.

c) En fecha de 12 de junio de 2018, a las 10:15 horas, el investigador observa como usted está realizando la cama del apartamento donde ha estado hospedado, momento en el que se obtiene las imágenes que se observan en las páginas 16 a 21 del informe que se adjunta al presente.

La empresa considera que ha incumplido gravemente sus obligaciones; con clara transgresión de la buena fe contractual, vulnerando la confianza depositada por la empresa. Por ello se ha tomado la decisión de rescindir la relación laboral con usted, y considerar este despido en el ámbito del Art. 54 ET como disciplinario.

Tal y como señala la STSJ La Rioja Sala de lo Social de 19 de septiembre de 2014 EDJ 2014/191931, (...) la realización de actividades -por cuenta propia o ajena, con o sin afán de lucro, incluso de carácter lúdico- en situación de Incapacidad temporal que resulten incompatibles con la misma suponen una transgresión de la buena fe contractual merecedora de la sanción de despido . Y esto puede y debe ser así considerado y calificado no solo por la incidencia que las dichas actividades puedan suponer en orden a retrasar objetivamente la curación o recuperación del trabajador, sino también porque las mismas evidencien la posibilidad real de desempeñar el trabajo en la empresa.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras en la STS de 12 de julio de 1990 o de 24 de julio de 1990 al analizar como posible causa de despido la realización de actividades o trabajos durante la situación de incapacidad temporal, ha elaborado la siguiente doctrina: "la realización de actividades laborales por cuenta propia o ajena durante la situación de incapacidad laboral transitoria constituye una clara transgresión de la buena fe contractual, pues le incapacitado temporalmente debe seguir rigurosamente las prescripciones médicas en orden a la recuperación de la salud, de tal modo que en el supuesto de resultar compatible la enfermedad con la realización de algún trabajo, éste debe realizarse en la propia empresa o con su autorización, pues sobre la misma pesa la carga de la cotización por el

enfermo que se incurre en la falta que tipifica el artículo 54.2.d) del ET cuando estando de baja por enfermedad se realizan trabajos lucrativos o de otra índole que perjudican la curación".

La STSJ La Rioja Sala de lo Social de 23 enero de 2001 EDJ 2001/4451 se pronuncia en el mismo sentido señalando que Dispone el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores en su número 1 que "el contrato de trabajo podrá extinguirse: por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador", añadiendo en su número 2 que "se considera incumplimientos contractuales: ...d) la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo" (...) En la interpretación de dicho artículo, tal y como ocasión de señalar esta Sala. Entre otras, en sentencias de 23 de marzo y 3º de abril de 1992; 6 de junio y 6 de octubre de 1994 ; 16 de febrero y 9 de octubre de 1995 ; 29 de marzo y 2 de mayo de 1996 ; 2 de septiembre de 1997 ; 26 de mayo de 1998 y 22 de abril y 20 de mayo de 1999 , y 21 de febrero y 10 de octubre de 2000 , el Tribunal Supremo ha elaborado la siguiente doctrina : "A) La buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y la deslealtad implica siempre una conducta totalmente contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa como consecuencia del postulado de fidelidad (sentencia de 26 de enero de 1987, con cita de las de 21 de enero y 22 de mayo de 1986).

B) La buena fe como moral social, formadora de criterios inspiradores de conductas para el adecuado ejercicio de los derechos y el fiel cumplimiento de los deberes, ha trascendido al ordenamiento jurídico. Así el Título Preliminar del Código Civil precisa que "los derechos deberán ejercitarse conforme a las reglas de la buena fe" (artículo 7.1), pone coto al fraude de ley 8 artículo 6.4) y niega amparo al abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo (artículo 7.2). También el Estatuto de los Trabajadores la ha incluido en sus preceptos: somete las prestaciones recíprocas de empresarios y trabajadores a sus exigencias (artículo 20.2) y faculta, para la extinción del contrato, al empleado si se le modifican las condiciones de trabajo substancialmente y de tal suerte que se perjudique su formación o se menoscabe su dignidad (artículo 50.1 a) y al empleador cuando la conducta de aquel comporte transgresión de la buena fe contractual (sentencia de 25 de febrero de 1994, con cita de la de 10 de mayo de 1983).

C) Es requisito básico que ha de concurrir para configurar la deslealtad que el trabajador cometa el acto con plena conciencia de que su conducta afecta al elemento espiritual del contrato, consistiendo dicha deslealtad en la eliminación voluntaria de los valores éticos que deben inspirar al trabajador en el cumplimiento de los deberes básicos que le nexo laboral le impone (sentencias de 24 y 25 de febrero y 26 de septiembre de 1984). También consiste en usar con exceso el empleo de la confianza que ha recibido de la empresa, en razón del cargo que desempeña, rebasando los límites que le cargo ostentado tiene por su propia naturaleza y ello en provecho propio o en el de un tercero, que no sea, naturalmente, acreedor directo de las prestaciones empresariales (sentencia de 25 de febrero de 1984, con cita de la de 30 de enero de 1981, entre otras).

D) La falta se entiende cometida aunque no se acredite la existencia de lucro personal, ni haber causado daños a la empresa y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado, pues basta para ello el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral (sentencias de 26 de mayo de 1986 y 26 de enero de 1987), porque , como señala la sentencia de 30 de octubre de 1989 y recuerda la de 26 de febrero de 1991, el daño o perjuicio patrimonial causado a la empresa es uno de los factores a considerar en la ponderación del requisito de gravedad de la misma, requisito exigible en la aplicación del artículo 54.2 d) LET, por el juego de la interpretación sistemática que obliga a tener en cuenta en esta causa de despido la cláusula general del artículo 54.1, pero no es el único elemento a tener en cuenta para establecer el alcance disciplinario del incumplimiento del trabajador, pues pueden jugar otros criterios, como la de situación objetiva de riesgo creada, la concurrencia de abuso de confianza en el desempeño del trabajo o el efecto pernicioso para la organización productiva.

En el caso que no ocupa, usted: 1. Ha obrado con una conducta totalmente contraria a la fidelidad que debe a la empresa, en tanto y en cuanto ha quedado demostrado que ha estado trabajando para la competencia mientras se encontraba en período de baja laboral, abusando flagrantemente de la confianza depositada en usted por la empresa, siendo plenamente consciente de que los trabajos que estaba

realizando para TURYRES S.L. (Apartamentos Haro) contrariaban los valores éticos que deben inspirarle en el cumplimiento de sus deberes básicos que el nexo causal impone, lucrándose indebidamente por los trabajos remunerados realizado para la empresa referida mientras percibía la prestación por Incapacidad Temporal, causando un perjuicio directo a Rehabitalia, y perjudicando seguramente su proceso de recuperación.

2. Es por ello por lo que la mercantil, al concurrir las causas previstas en el art. 54 del estatuto de los Trabajadores , ha optado por sancionarla con el despido, ya que tal y como se señala en la STSJ La Rioja Sala de lo Social de 19 de septiembre de 2014 EDJ 2014/191931 , (...) la realización de actividades -por cuenta propia o ajena, con o sin afán de lucro, incluso de carácter lúdico- en situación de Incapacidad Temporal que resulten incompatibles con la misma suponen una transgresión de la buena fe contractual merecedora de la sanción de despido.

3. Asimismo, le informamos que el despido surte efectos con fecha de 22 de febrero de 2019.

4. Mediante el presente se le informa que la empresa en el período de pago voluntario, según Art. 110.1 LRJS en relación con el art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores , y una vez conocidas las circunstancias que permitan calcular los salarios de tramitación, según el contenido del fallo de la Sentencia nº 40/19 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Logroño , consignará judicialmente el importe relativo a los mismos.

Sin otros particular, atentamente".

SEXTO.- Con fecha 14.03.2019 se celebró el preceptivo acto de conciliación previo a la vía jurisdiccional, instado por la actora el 28.02.2019, con el resultado de SIN AVENENCIA.

FALLO.- Que desestimando la demanda interpuesta por D^a Inmaculada contra la empresa REHABILITIA TRES S.L., debo declarar y declaro procedente el despido producido con efectos del 22.02.2019, absolviendo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra." TER CERO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de Suplicación, por Inmaculada , siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente para su examen y resolución.

CUA RTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO- Impugnado judicialmente por la Sra. Inmaculada el despido disciplinario de que fue objeto el 19/06/18, por la comisión de una infracción laboral muy grave de transgresión de la buena fé contractual, reprochándole haber realizado para la competencia estando en situación de incapacidad temporal el mismo trabajo para el que estaba contratada por su empleadora Rehabitalia Tres SL, el Juzgado de lo Social nº 3 dictó sentencia de 11/02/19 estimatoria de la demanda, calificando la medida extintiva como improcedente, por incumplimiento de las formalidades legalmente exigidas en cuanto a la expresión de los hechos imputados en la carta de despido.

Notificada la anterior sentencia a la empresa el día 14/02/19, tras optar en tiempo y forma por la readmisión el 21 de febrero de 2019, remitió mediante burofax al domicilio de la trabajadora una segunda comunicación extintiva por las mismas causas disciplinarias que la precedente, y, presentada nueva demanda de despido, el Juzgado de lo Social nº 3 dictó sentencia desestimatoria de su pretensión, declarando la procedencia del despido enjuiciado.

Disconforme con el pronunciamiento de esta última resolución, D^a Inmaculada recurre en suplicación, articulando un solo motivo de censura jurídica, en el que, por la vía del apartado c del Art. 193 LRJS, denuncia la infracción, por incorrecta interpretación del Art. 110.4 LRJS.

La empresa demandada se ha opuesto al recurso, indicando en la alegación segunda del escrito de impugnación que, " tal y como se ha venido argumentando en el presente procedimiento por esta parte, el cómputo de los 7 días del Art. 110.4 LRJS se ha de computar como un plazo procesal", apelando a

continuación a la aplicación de la doctrina judicial en la materia que cita, cuya fundamentación jurídica transcribe parcialmente.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia ha entendido que el día final del plazo de 7 días para efectuar un nuevo despido disciplinario cuya finalidad es la de subsanar los defectos de forma del precedente por las mismas causas, cuyo cómputo debe realizarse por días naturales, al ser un plazo civil, y no procesal, debe fijarse en la fecha de imposición del burofax remitiendo a la trabajadora la segunda comunicación extintiva, y no a partir de la de su recepción " atendidos los antecedentes y circunstancias concurrentes (despido previo que impedía notificación personal en centro de trabajo durante o al término de su jornada de prestación de servicios junto con la distinta ubicación del domicilio de la trabajadora - Haro-, y el del domicilio social y de la demandada - Bilbao-) que configuraban en más idóneo el elegido" En el motivo de censura, la recurrente recrimina a la resolución recurrida, haber fijado el dies ad quem del indicado plazo de 7 días en la fecha de imposición del burofax y no en el de su recepción, por cuanto el despido solo puede considerarse efectuado en la fecha en que, tal y como se señala en la propia misiva surtió efectos, que resulta ser coincidente con la de su notificación a la destinataria, habida cuenta que la misma desplegó la diligencia que le era exigible en orden a su recepción, no existiendo pues razón alguna para antedatar la fecha de su efectividad a un día anterior a aquel en que surtió efectos.

A) El despido es un acto del empresario que le permite decidir de modo unilateral cuando pondrá fin a la relación laboral y desde ese momento ésta se extingue, (STS 13/06//00, RJ 6891), configurándose como una causa de extinción del contrato de trabajo por el artículo 49.1.k) del Estatuto de los Trabajadores de modo que produce efectos directos e inmediatos sobre la relación de trabajo, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento de su regularidad en caso de impugnación ante la jurisdicción, (STS 7/10/09, Rec. 2694/08).

Ahora bien, una cosa es la "exteriorización" de la voluntad empresarial extintiva, que se produce con la comunicación del futuro cese, pero con persistencia de la relación laboral, y otra muy distinta su "materialización" en la fecha fijada en la comunicación, que es cuando se produce el cese efectivo en el trabajo y la baja en la Seguridad Social, siendo este último el momento en que el despido produce sus efectos. (STS 2/04/12, Rec. 2.951/11 ; 25/09/95, Rec. 39/95) B) Conforme al Art. 55.1 ET , el despido debe ser notificado por escrito al trabajador, teniendo como finalidad dicha notificación que la decisión extintiva empresarial llegue a conocimiento del trabajador, habiendo señalado desde antiguo la Jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal que la indicada formalidad debe tenerse por adecuadamente cumplida cuando, no obstante no haber recepcionado el trabajador la comunicación extintiva, han sido causas ajenas al empresario e imputables al propio trabajador las que han frustrado el éxito de la notificación, englobándose en dichos supuestos, los casos en que se ha producido una variación de su domicilio no comunicada a la empresa (STS 23/05/90 , RJ 44/93), y aquellos otros en que se rehúsa (STS 9/11/88 , RJ 8563) o se constatan conductas elusivas a su recepción (SSTs 13/04/87, RJ 2412 ; 17/04/85 , RJ 1880), pues no pueden hacerse recaer las consecuencias perjudiciales del retraso o la ineffectividad del intento de notificación sobre la parte que ha empleado la diligencia ordinaria para que la carta de despido llegara a conocimiento del destinatario poniendo los medios adecuados a la finalidad perseguida, sino sobre quien con su actitud pasiva, negligente, u obstruccionista impidió o provocó la demora en su recepción.

C) Asiste la razón al recurrente en su denuncia, habida cuenta que el día final del plazo de 7 días a que se refiere el Art. 110.4 LRJS , debe fijarse en la fecha de efectividad del despido, que, en nuestro caso tuvo lugar el 22/02/2019, al ser esta la fecha determinada por el empresario en la comunicación extintiva, y la de notificación o conocimiento por la trabajadora de dicha medida empresarial de dar por extinguido el contrato de trabajo, que no ha tenido lugar en una fecha posterior a aquella por un retraso imputable a la conducta de la demandante, único supuesto en el que podría atribuirse eficacia retroactiva al momento en que se intentó infructuosamente la notificación por motivo obediente a la actuación poco diligente u obstruccionista del destinatario del acto de comunicación.

En consonancia con lo previamente razonado, el recurso de la trabajadora debe prosperar, debiendo considerarse efectuado su despido el 8º día natural siguiente a la notificación de la sentencia declarando la improcedencia del primer despido, con las consecuencias que, en cuanto a su calificación, se establecerán tras examinar el motivo de censura planteado por la parte recurrida en el escrito de impugnación.

TERCERO.- Aunque con una técnica procesal no todo lo depurada que hubiera sido deseable, la empresa recurrida en el escrito de impugnación, al amparo del Art. 197.1 LRJS, combate la interpretación del Art. 110.4 del mismo cuerpo normativo efectuada por el Juzgado, defendiendo la naturaleza procesal del plazo que dicha norma establece, y, por tanto, la realización del segundo despido dentro del mismo, en base a la doctrina judicial que cita en el escrito de impugnación.

A) El Art. 110.4 LRJS dispone textualmente: " Cuando el despido sea declarado improcedente por incumplimiento de los requisitos de forma establecidos y se hubiese optado por la readmisión podrá efectuarse un nuevo despido dentro del plazo de 7 días desde la notificación de la sentencia. Dicho despido no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo acto extintivo que surtirá efectos desde su fecha" B) El origen del precepto se remonta al Art. 55.4 ET en su primera redacción conforme a la Ley 8/80, (bajo cuya vigencia, la inobservancia de los requisitos de forma llevaba aparejada la calificación del despido como nulo siendo el efecto de la misma la readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir), en el que se establecía que podría efectuarse un nuevo despido en los siete días siguientes a la declaración de nulidad del primer acto extintivo.

Interpretando dicha norma, la jurisprudencia estableció que no era necesario que la readmisión se produjera efectivamente para que el vínculo se considerase legalmente restaurado y poder realizar un nuevo despido (SSTs 20/03/91, RJ 1880; 12/06/85, RJ 3390) C) La indicada previsión legal fue trasvasada al Art. 113.2 LPL aprobada por RD Legislativo 52/90, y, tras la reforma operada por la Ley 11/94, por la que se modifica la calificación del despido realizado incumpliendo los requisitos de forma legal o convencionalmente exigidos de nulo a improcedente, y se establece definitivamente que el despido tiene efectos extintivos del vínculo contractual en todo caso, con independencia de su calificación jurídica, se llega a la versión del Art. 110.4 LPL, cuyo texto reproduce la vigente LRJS, por medio de la cual no se hace sino adaptar su redacción inicial al cambio en cuanto a la calificación del despido que no se ajusta a los requisitos de forma, requiriendo además de manera expresa que la opción entre la indemnización o la readmisión lo sea por esta última alternativa.

D) La finalidad de la norma, al igual que la del Art. 55.2 ET, es la de otorgar al empresario una limitada facultad de subsanación o corrección de los defectos formales de un inicial despido disciplinario, verificable una vez que se ha dictado sentencia calificando como improcedente la medida extintiva por tal causa, a diferencia de la contemplada en la ley estatutaria, que se debe llevar a cabo ante la constatación por el empresario de que el despido se ha formalizado de manera incorrecta. (STS 11/05/00, Rcd 3375/99) E) Tal y como ya sostuvo la STS 22/07/96 (Rcd 2539/95) el significado de la previsión legal -"podrá efectuarse un nuevo despido"- se encuentra en la interrupción de la prescripción, pues el precepto carecería de efectos, si se entendiera que el periodo de tiempo transcurrido desde la fecha del primer despido hasta la declaración judicial de su improcedencia fuera computable a efectos del plazo de prescripción de las faltas imputadas..., dado que tal plazo, por su cortedad, estaría ampliamente cumplido cuando se realizara el segundo despido, de ahí que lo que el precepto establece es una regla que complementa e integra la del Art. 60.2 ET, fijando un plazo autónomo para la realización de ese nuevo y segundo despido, que excluye sea opuesta eficazmente la prescripción de las faltas, cuando estas, en el segundo despido, fueran las mismas que las imputadas en el primero y no estuvieran prescritas al realizarse éste. (STS 10/10/17, Rcd 1507/15) F) Interpretando el Art. 55.2 ET, la STS de 10/11/04 (Rcd 5837), concluye que el plazo de 20 días para realizar el segundo despido es de naturaleza civil, computándose por días hábiles, señalando la ulterior STS de 8/06/09 (Rcd 2059/08) que la cuestión relativa a la naturaleza del plazo de 7 días que fija el Art. 110.4 LRJS , no había sido resuelta por la primeramente citada, referida exclusivamente al Art. 55.2 ET.

G) La solución adoptada por la citada sentencia de 10/11/14, a juicio de la Sala, no es extrapolable a la naturaleza del plazo de 7 días que establece el Art. 110.4 LRJS , que, según nuestro parecer, tiene naturaleza procesal, y ello, por las siguientes razones: 1) A pesar de que en puridad solo tienen la condición de plazos procesales aquellos que marcan los tiempos del proceso, que es donde se desarrolla la actuación judicial (STS 15/03/05, Rcd 1565/04, 3/06/13, Rec. 2301/12), y la decisión empresarial de realizar un nuevo despido se sitúa en el ámbito del ejercicio de un derecho subjetivo privado, no puede ignorarse que su actuación tiene una conexión inmediata y directa con el previo procedimiento judicial en el que se ha dictado sentencia declarando la improcedencia del primer despido, que no solo es el que marca el momento a partir del cual puede iniciarse el plazo para efectuar el segundo, sino que además

condiciona su validez a la realización de otro acto procesal adicional, cual es la formalización de la opción por la indemnización.

2) En efecto, para la procedencia de realizar un nuevo despido al amparo de la indicada norma resulta necesario no solo que la decisión extintiva anterior haya sido declarada judicialmente improcedente, sino también que previamente se haya optado por la readmisión, por lo que, siendo el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia para formalizar la opción de naturaleza procesal, idéntica naturaleza ha de atribuirse al que el legislador ha establecido para la realización de un segundo despido por las mismas causas que el anterior declarado improcedente por defectos de forma, pues de lo contrario se podría producir la ilógica e irracional consecuencia de que esta segunda decisión extintiva hubiera de adoptarse antes de haber precluido el plazo para ejercer la opción.

H) Siendo pues el plazo de 7 días con que contaba la empresa demandada para efectuar el despido enjuiciado de naturaleza procesal, de su cómputo deben excluirse los días inhábiles, y, habiéndose notificado la sentencia declarando la improcedencia de la primera medida extintiva el 14/02/19, descontando el sábado y domingo (16 y 17) que, conforme a los Arts. 182.1 LOPJ y 130.2 LEC, son inhábiles, la extinción contractual comunicada el siguiente día 22 con efectos desde ese mismo día, se produjo el sexto día del citado plazo, lo que determina el éxito del motivo de censura formalizado por la recurrida en el escrito de impugnación, con la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida, aunque por razones distintas de las apreciadas en dicha resolución.

CUARTO.- En aplicación de lo dispuesto en el Art. 235.1 LRJS (L 36/11), no procede condena en costas, toda vez que la estimación, total o parcial, del recurso de suplicación implica que no haya parte vencida en el mismo, a efectos de imponer el pago de las costas generadas en el mismo a alguno de los litigantes (SSTS 14/02/07, RJ 2177; 29/01/09,1051)

QUINTO.- A tenor del Art. 218 LRJS (L 36/11) frente a esta resolución podrá interponerse recurso de casación para unificación de doctrina.

VISTOS: los artículos citados y los demás que son de general aplicación.

FALLO:

Se ESTIMA el recurso de suplicación interpuesto por Inmaculada y el motivo de censura jurídica articulado por Rehabitalia Tres SL en el escrito de impugnación contra la sentencia nº 184/19, de fecha 10-07-19, del Juzgado de lo Social nº Tres de Logroño , confirmando dicha resolución en su integridad.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, debiendo anunciarlo ante esta Sala en el plazo de DIEZ DIAS mediante escrito que deberá llevar firma de Letrado y en la forma señalada en los artículos 220 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Social, quedando en esta Secretaría los autos a su disposición para su examen. Si el recurrente es empresario que no goce del beneficio de justicia gratuita y no se ha hecho la consignación oportuna en el Juzgado de lo Social, deberá ésta consignarse 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 2268-0000-66-0181-19, Código de Entidad 0030 y Código de Oficina 8029.

b) Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta núm.0049 3569 92 0005001274, código IBAN. ES55, y en el campo concepto: 2268-0000-66-0181-19.

Pudiendo sustituirse la misma por aval bancario, así como el depósito para recurrir de 600 euros que deberá ingresarse ante esta misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en la cuenta arriba indicada. Expídanse testimonios de esta resolución para unir al Rollo correspondiente y autos de procedencia, incorporándose su original al correspondiente libro de Sentencias.

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

E./ PUB LICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Magistrado-Ponente, Ilma. Sra. Dña. Mª José Muñoz Hurtado, celebrando audiencia pública la Sala de lo

Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

NO TA.-Siendo aplicable la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, de 5 de diciembre, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de Abril de 2.016 y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como las disposiciones en materia de protección de datos que se encuentren en vigor, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.

DILIGENCIA.- Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

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