



Roj: STS 2125/2014  
Id Cendoj: 28079140012014100244  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 562/2013  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: SOCIAL  
Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a seis de Mayo de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la procuradora Sra. Reina Soler en nombre y representación de Dña. Carmen contra la sentencia dictada el 29 de noviembre de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, en recurso de suplicación nº 2109/12, interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de mayo de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Almería, en autos núm. 1309/11, seguidos a instancias de la ahora recurrente contra GRUPO GARCANGELO SL sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido GRUPO GARCANGELO SL representado por la procuradora Sra. Casielles Moran.

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. **Maria Lourdes Arastey Sahun**,

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 14-05-2012 el Juzgado de lo Social nº 1 de Almería dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º**.- La actora Dña. Carmen, trabajó para la empresa demandada, con la categoría laboral de camarera y percibiendo un salario de 1.152,53 # mensuales, con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

**2º.-** La actora inició su prestación de servicios con la empresa demandada el día 3 de Agosto de 2.011, a virtud de contrato de trabajo verbal, sin que por la misma se cursara su alta en la Seguridad Social.

La demandante llevada por el miedo de sufrir un accidente de trabajo sin estar dada de alta en S.S., con fecha 23 de Agosto de 2.011, formuló denuncia ante la Inspección de Trabajo, aportando como prueba de la prestación de sus servicios, distintos documentos, tales como fotos y un escrito, en el que se detallaba su situación y solicitaba una inspección en el centro de trabajo, convenida con la misma a los efectos de pillarla "in fraganti".

**3º.-** La Inspección de trabajo a instancia de la actora, se personó el día 29 de Agosto de 2.011, en la persona de un subinspector, en el momento en el que en el centro de trabajo, solo se encontraba la actora, tomándole la filiación a la misma. Por la falta de afiliación la Inspección de Trabajo, levantó acta imponiendo a la empresa la sanción correspondiente.

Posteriormente a este hecho cuando llegó el empresario la actora le comunicó que había estado la inspección de trabajo, y que le había tomado sus datos personales, este se asesoró por un abogado, pretendiendo que la trabajadora firmara un contrato de trabajo a tiempo parcial y cursando su alta en la Seguridad Social, a lo que se negó la demandante, sin informar a la empresa que la inspección había comparecido a virtud de denuncia formulada por la misma. Ante la negativa de la actora a suscribir el contrato, fue despedida en forma verbal, dejando de asistir al trabajo desde aquella fecha..

Contra el despido verbal formuló con fecha 1 de septiembre de 2.011, papeleta de conciliación haciendo constar que en el hecho sexto de dicha papeleta, "que no estando de acuerdo con el despido practicado, vengo a oponerme al mismo por considerarlo improcedente". En la demanda de conciliación la actora no hacía constar que la empresa con anterioridad a producir el despido verbal, tuviera conocimiento, por no habérselo

dicho la misma, que la Inspección de Trabajo, había visitado la empresa a virtud de denuncia formulada por la propia trabajadora.

Celebrado el actor de conciliación el día 13 de Septiembre de 2.011, este terminó sin avenencia, a negarse la trabajadora y la persona que le acompañaba como hombre bueno D. Cesareo , a llegar un acuerdo si no era indemnizada en la suma de 6.000 #.

**3º.-** (SIC) La empresa en esa misma fecha remitió a la actora un Burofax que fue recibido por la misma el día 14 de septiembre siguiente subsanando el despido verbal, con el siguiente texto literal: "Muy Sra. Mía: Por la presente pongo en su conocimiento por medio de la presente la intención de mi mandante (GRUPO CARCANGELO, S.L), de conformidad con el derecho que le ampara según lo establecido en el art. 55.2 del ET , a subsanar las deficiencias existentes en el despido realizado en fecha de 29 de agosto de 2.011, procediendo, dentro de los 20 días siguientes, a poner en su conocimiento NUEVO DESPIDO, RECONOCIENDO LA IMPROCEDENCIA DEL MISMO, CON FECHA DE EFECTOS DESDE EL 14 DE SEPTIEMBRE DE 2.011, extinguiendo a tal efecto la relación laboral que con Vd. mantiene desde fecha de 3 de agosto de 2.011 con fecha de efectos de 14 de septiembre de 2.011, poniendo por ello, y a tal efecto, a su disposición las siguientes cantidades, las cuales serán consignadas en el Juzgado de lo Social, en el plazo de 48 horas a contar desde este despido, que por turno de reparto corresponda para su disposición, siendo las mismas susceptibles de aumento si el cálculo hubiera sido erróneo:

SALARIOS DESDE 3 DE AGOSTO DE 2.011 A 29 DE AGOSTO DE 2.011: 1.019,48 EUROS

SALARIOS DESDE 30 DE AGOSTO DE 2.011 A 14 DE SEPTIEMBRE DE 2.011: 582,56 EUROS.

VACACIONES: 116,52 EUROS

INDEMNIZACION A 45 DIAS POR AÑO: 200,24 EUROS

TOTAL 1.918,50 EUROS. Sin otro particular."

**4º.-** La empresa con fecha 14 de Septiembre de 2.011, reconoció la improcedencia del despido de la trabajadora y consignó en el Juzgado de lo Social Núm. 2 de esta Ciudad la indemnización de 200,24 #, a disposición de la misma, así como los salarios de tramitación hasta la conciliación en el Cemac, de 1.662,04 #.

**5º.-** La actora ante el nuevo despido realizado por la demandada, desistió del despido anterior producido en forma verbal, y redacta una demanda de conciliación presentada ante el Cemac el día 23 de Septiembre cuando habían pasado 7 días hábiles celebrándose el día 11 de octubre de 2.011, Solicitando la designación de letrado de oficio, el día 19 de Octubre, trascurriendo 4 días hábiles, siendo notificada la designación de Abogado el día 25 de Noviembre de 2.011, formulando la presente demanda el día 30 de Noviembre siguiente pasando 2 días, lo que hace un total de 13 días desde la fecha del despido hasta la presentación de la demanda.

**6º.-** La actora formula la segunda demanda de conciliación a que se hace referencia en el hecho anterior, haciendo un detallado estudio de los acontecimientos producidos en la corta relación de trabajo mantenida con la demandada, modificando lo solicitado en la papeleta de conciliación anterior, en el sentido de suplicar la declaración de nulidad de despido, en base al principio de indemnidad, y acumulando indebidamente distintas acciones tales como el reconocimiento de categoría laboral, declaración de relación laboral indefinida a jornada completa de jefa de sala el abono de las horas extraordinarias, la nocturnidad 3 pagas extras, el abono del plus de Transporte. La ropa de trabajo, los días festivos trabajados, los días libres no disfrutados, una indemnización por Incapacidad temporal y una indemnización por daños morales, a razón de 29,75 # diarios.

La papeleta de conciliación consta de 12 folios numerados del 96 a 108 de los autos, que se reproduce, que evidencian que los mismos no han sido redactados por un profesional del derecho, ante el número de acciones acumuladas al despido. Si bien la demanda, en esta ocasión obviamente redactada por la profesional que la suscribe, haciéndolo cumpliendo los requisitos del Art. 80 en relación con el Art. 100 de la Ley de Procedimiento Laboral en vigor a la fecha de producirse el despido, limitando la acción a solicitar la nulidad o subsidiariamente la improcedencia del despido, con los efectos legales correspondientes, y a solicitar igualmente la indemnización de 29,75 # por en concepto de daños y perjuicios morales, desde la fecha del despido hasta la de la sentencia.

**7º.-** La actora no ha acreditado en el juicio los supuestos daños morales y perjuicios sufridos en la corta relación de trabajo mantenida con la demandada.

8º. - La actora no ostenta la condición de delegado de personal, ni ha sido miembro del comité de empresa."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Letrada Sra. Reina Soler, en nombre y representación de Carmen , frente a la empresa GRUPO GARCANGELO, S.L., debo declarar y declaro la improcedencia del despido de que fue objeto la actora, así como extinguido el contrato de trabajo que unía a los litigantes, y debo condenar y condeno a la demandada a abonarle la cantidad de 284,19 # en concepto de indemnización, y sin hacer pronunciamiento condenatorio sobre los salarios de tramitación."

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Dña. Carmen ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la cual dictó sentencia en fecha 29-11-2012 , en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Carmen , contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. UNO DE LOS DE ALMERIA en fecha 14 de Mayo de 2012 , en Autos seguidos a instancia de Dña. Carmen , en reclamación sobre despido contra GRUPO GARCANGELO S.L, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida."

**TERCERO.-** Por la representación de Dña. Carmen se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 18/02/2013. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por las Salas de lo Social del T.S.J. Extremadura de 2 de octubre de 2008 (R-306/08 ) , y del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2012 (R-2931/11 ) .

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 26/09/2013 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 29/04/2014, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso de casación unificadora que formula la trabajadora contiene dos motivos. Mediante el primero de ellos se pretende lograr la declaración de nulidad del despido, rechazada tanto en la sentencia recurrida, como en la del Juzgado: a través del segundo motivo, lo que se busca es el incremento del importe de la indemnización por despido improcedente.

**SEGUNDO.-** 1. En relación a la primera cuestión, la actora sostiene que su despido tuvo como causa su previa denuncia ante la Inspección de trabajo, tal y como se reseña en el relato fáctico de la sentencia de instancia, más arriba transcrito. Tanto el Juzgado como la Sala de suplicación rechazan que pueda apreciarse vulneración de la garantía de indemnidad porque la empresa no conocía que la visita de la Inspección de trabajo hubiera seguido a una previa denuncia de la trabajadora y porque se constata que la causa del despido fue la negativa de ésta a suscribir un contrato de trabajo a tiempo parcial.

2. El recurso aporta como sentencia de contraste, para fundamentar la necesidad de unificación de doctrina pretendida, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 2 octubre 2008 (rollo 306/2008 ) .

Se trataba allí de un trabajador al que la empresa le comunica el despido después de que un sindicato hubiera denunciado ante la Inspección de trabajo la situación de dicho trabajador, constando, asimismo, una situación de huelga en la empresa. Todo ello es considerado por la Sala extremeña como un elemento fáctico de suficiente entidad para haber obligado a la empresa a acreditar que el despido obedecía a razones distintas. Ante la falta de tal acreditación, se declara que el despido constituyó una medida de represalia y, por ello, se califica como nulo.

3. Como pone de relieve el Ministerio Fiscal en su informe, no concurre la identidad exigida por el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS ) para que esta Sala del Tribunal Supremo pueda entrar a analizar este punto del recurso.

Entre las sentencias comparadas no se da la contradicción precisa para llevar a cabo la unificación doctrinal a la que este recurso de casación obedece. El hecho de que en el presente caso la empresa desconociera que la intervención de la Inspección de Trabajo estaba precedida por la denuncia de la trabajadora rompe el nexo de conexión entre la decisión de la empresa y esa denuncia, que sí aparecía en la sentencia de contraste.

En suma, el motivo no puede ser acogido al no darse los requisitos esenciales para su admisibilidad.

**TERCERO.-** 1. Para el segundo de los motivos se ofrece, como sentencia referencial, la dictada por esta misma Sala IV del Tribunal Supremo el 20 de junio de 2012 (rcud. 2931/2011 ).

2. En el presente caso la sentencia del Juzgado fijó el importe de la indemnización por despido improcedente en 284,19 #. La empresa había reconocido la improcedencia del despido y había consignado la suma de 200,24# por tal concepto. La antigüedad de la trabajadora en el momento del despido alcanzaba 42 días, computando la empresa la citada indemnización en atención a tales días. La sentencia recurrida - como la del Juzgado- incrementa tal importe al efectuar el cálculo por meses completos, pero considera que se trata de un error excusable que no tiene relevancia en orden a la imposición de mayor periodo de salarios de tramitación.

En la sentencia de contraste la diferencia de indemnización obedecía también a ese modo de computar la misma, siendo el cálculo de la empresa el que se atenía a los días exactos de prestación de servicios. Haciéndonos eco de nuestra doctrina, esta Sala entiende que un error de esta naturaleza es inexcusable y, por tanto, no cabía paralizar los salarios de tramitación.

Concorre aquí la necesaria contradicción, pues se suscita en ambos casos idéntico debate sobre el modo en que deben computarse los periodos de prestación de servicios a los efectos de calcular la indemnización por despido improcedente. Se trata también en los dos supuestos de despidos regulados por el texto del art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET ), en la versión anterior a la reforma laboral de 2012 (vía el RDL 3/2012), lo que implica que la diferencia entre la indemnización consignada y la debida al trabajador podía tener efectos sobre los salarios de tramitación.

3. Por obvias razones de coherencia y de seguridad jurídica hemos de reiterar el criterio jurisprudencial que se plasma en la sentencia de contraste.

Así, como hemos venido señalando desde la STS/4ª de 31 octubre 2007 (rcud. 4181/2006 ), con criterio reiterado luego en las STS/4ª de 12 noviembre 2007 , 11 febrero 2009 (rcud. 450/2008), 20 julio 2009 (rcud. 2398/2008) y 20 junio 2012 (rcud. 2931/2011), el prorrateo de los días que exceden de un mes completo se computan como si la prestación de servicios se hubiera efectuado durante toda la mensualidad.

Tal criterio, que es acogido por la sentencia recurrida, lo hemos entendido consolidado y, por ello, hemos llegado a sostener también que no podía ser calificado de excusable para la empresa para el caso de que ésta ofreciera o consignara la indemnización a los efectos de reconocer la improcedencia del despido y paralizar los salarios de tramitación, tal y como la norma legal aplicable al caso permitía.

En suma, el que la empresa no incluyera el mes completo en esa consignación impedía que pudiera lograr el efecto de paralizar los salarios de tramitación; y ello con independencia del monto de la diferencia, porque lo decisivo es el desconocimiento de la interpretación jurídica.

Es en este punto en el que resulta patente que la sentencia recurrida se aparta de esa doctrina y, por ello, el recurso debe ser acogido en este punto, como igualmente propone el Ministerio Fiscal. Consecuentemente, casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos en parte el recurso de dicha clase en el sentido de condenar a la empresa al pago de los salarios de tramitación desde la fecha del despido, manteniendo los restantes pronunciamientos. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Dña. Carmen frente a la sentencia dictada el 29 de noviembre de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, en recurso de suplicación nº 2109/12 , casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos en parte el recurso de dicha clase en el sentido de condenar a la empresa, GRUPO GARCANGELO SL, al pago de los salarios de tramitación desde la fecha del despido, manteniendo los restantes pronunciamientos. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. **Maria Lourdes Arastey Sahun** hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ