



Roj: **STSJ AND 12060/2015 - ECLI: ES:TSJAND:2015:12060**

Id Cendoj: **18087340012015102453**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **07/10/2015**

Nº de Recurso: **1825/2015**

Nº de Resolución: **1910/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JUAN CARLOS TERRON MONTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

1

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

CON SEDE EN GRANADA

SALA DE LO SOCIAL

CJ

SENT. NÚM. 1910/15

ILTMO. SR. D. JUAN CARLOS TERRON MONTERO

ILTMO. SR. D. JORGE LUIZ FERRER GONZALEZ

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JOSE VILLAR DEL MORAL

MAGISTRADOS

En la ciudad de Granada, a SIETE DE OCTUBRE DE DOS MIL QUINCE.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, compuesta por los Ilmos. 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. **1825/15**, interpuesto por **DOÑA Silvia** contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. DOS DE LOS DE ALMERIA, en fecha 24 de Abril de 2015, en Autos núm. 1004/14, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. JUAN CARLOS TERRON MONTERO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por DOÑA Silvia en reclamación sobre DESPIDO, contra ROSORA DEL PONIENTE SL y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó sentencia en fecha 24 de Abril de 2015, por la que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D^a. Silvia frente a la empresa Rosora del Poniente, S.A., debo declarar y declaro la improcedencia del despido de la actora de fecha 1/09/2014, y declaro extinguida la relación laboral entre la actora y la demandada, condenando a esta a pagar a la actora una indemnización por despido de 5.686,04 €. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, dentro de los límites establecidos en el artículo 33 ET, en su caso.

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



1º.- La parte actora ha venido prestando sus servicios para la empresa Rosora del Poniente, S.L, dedicada al comercio al por mayor de frutas y hortalizas, desde el día 25/09/2009, con la categoría profesional de Ayudante Jefe de Almacén, en el centro de trabajo sito en Paraje La Cumbre, 127 de El Ejido (Almería) con un salario diario bruto medio de 58,88 € incluida la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias, mediante contrato de trabajo fijo discontinuo, acumulando 817 jornadas reales de trabajo, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo Provincial del sector del manipulado y envasado de Almería.

2º.- La empresa demandada, desde el 4/12/2012 implantó sucesivas medidas de suspensión colectiva de los contratos de trabajo de la totalidad del personal. Así, inició cuatro sucesivos expedientes de regulación temporal de empleo en los períodos 20/11/2012 a 19/2013, 20/02/2013 a 19/09/2013, 20/09/2013 a 19/01/2014 y 01/02/2014 a 31/08/2014.

3º.- En fecha 1/09/2014, cuando la actora procedía a incorporarse a su puesto de trabajo tras la finalización de la última medida adoptada vigente desde el 1/02/2014, se encontró con las instalaciones del centro de trabajo sin actividad, maquinaria, utillaje, equipamiento ni aprovisionamiento de cualquier tipo que permitiera el desarrollo de su actividad.

No se ha acreditado que la empresa demandada mantuviera su actividad, y que diese trabajo efectivo a sus trabajadores a partir del día 1/09/2014.

4º.- La actora no ostenta ni ha ostentado cargo representativo ni sindical en la empresa.

5º.- Intentada la preceptiva conciliación ante el CMAC el acto se tuvo por intentado sin efecto.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por DOÑA Silvia , recurso que posteriormente formalizó, no siendo en su momento impugnado por el contrario. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente, para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se dicta sentencia por el Juzgador de Instancia, en el que se declara la improcedencia del despido de que fue objeto la actora y, a solicitud de la trabajadora dada la situación de la empresa, se declara extinguida la relación laboral entre la actora y la empresa demandada y, en consecuencia, condena a dicha empresa a pagar a la trabajadora una indemnización por despido improcedente de 5.686,04 euros, en base a 817 jornadas reales de trabajo. Contra dicha resolución se alza el presente recurso interpuesto por la propia parte actora, con la pretensión de que la antigüedad a reconocer es la de 1.456 días, con el derecho a percibir una indemnización proporcional a dicho tiempo trabajado. Dicho recurso no ha sido impugnado por la parte demandada.

Fundamenta la parte su recurso en el apartado c) del art. 193 de la LRJS, con la pretensión de que se modifique la antigüedad que le ha sido reconocido al actor. El primer escollo que presenta dicha pretensión, es que la parte no pide expresamente, con amparo en el apartado b) del artículo referido, la modificación del hecho probado primero, donde se recoge que el actor "acumulando 817 jornadas reales de trabajo", sin embargo, teniendo presente que dicha cifra no es discutida en cuanto jornadas reales de trabajo, sino como debe realizarse el computo de su antigüedad a los efectos indemnizatorios por despido, que se fundamenta en que la sentencia de instancia ha hecho incorrecta interpretación de lo dispuesto en el artículo 56.1 del ET, y ello, por cuanto a los efectos de computo, debe tenerse en cuenta, tanto los periodos efectivamente trabajados, como aquellos en los que se ha declarado probado que estuvo afectada por expedientes de Regulación de Empleo Suspensivo, debemos centrarnos en la cuestión jurídica planteada.

La pretensión de la parte recurrente, plantea dos cuestiones, la primera, si a efectos indemnizatorios, debe ser computado todo el periodo de suspensión del contrato de trabajo por efectos de la medida de suspensión colectiva y, en segundo lugar, que efecto debe tener ello en una relación laboral de fijo discontinuo, como es la del recurrente.

Sobre la primera cuestión planteada, en líneas generales se mantiene el computo de la antigüedad (STSJ Castilla Las Mancha 30 de noviembre de 1992), aun cuando no existe dicho acuerdo sobre en que casos de suspensión debe computarse dicha antigüedad, existiendo como criterio excluyente en los supuestos de excedencia voluntaria o suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias.

Sobre ello se han pronunciados distintos Tribunales Superiores de Justicia como el de La Rioja, en sentencias de de 19 May. 1994 y 25 May. 1999, cuyos fundamentados argumentos al respecto merece la pena transcribir. Se dice en ellas:

"Lo que se colige del art. 45 es que no existen más causas de suspensión del contrato que las expresamente listadas en su núm. 1, y que los efectos de la suspensión son solamente la exoneración de las prestaciones



de trabajo y de salario en tanto dure la situación suspensiva, pero sin desaparecer el vínculo jurídico ni la vigencia del resto del contenido obligacional y jurídico general del contrato de trabajo suspendido. Por eso es común a todas las causas de suspensión la reserva de plaza y la no interrupción del cómputo de la antigüedad, efectos que, para la excedencia forzosa, se expresan en el art. 46.1 del Estatuto, aludiéndose también al primero de dichos efectos en el art. 48. La idea fundamental común a todas las causas de suspensión es la pervivencia de las respectivas posiciones jurídicas del trabajador y el empleador, salvo en lo que estrictamente dependa de las dos prestaciones básicas del contrato de trabajo. Por eso, no se interrumpe el cómputo de la antigüedad, ni los llamados "deberes éticos", el tiempo que dura es computable para el cálculo de las indemnizaciones correspondientes en una posterior extinción del contrato --STCT de 21 Feb. 1980--, no altera la normal aplicación de las previsiones normativas relacionadas con el "ius variandi", inclusión en la relación de trabajadores afectados por expediente de regulación de empleo --STCT de 3 Oct. 1979--, ni el régimen de ascensos o traslados, ni incluso el de adquisición de la condición de fijo por haber sido objeto pasivo de una cesión ilegal de trabajadores --STCT de 28 Sep. 1978--.

En referencia a los supuestos como el presente, suspensión del contrato de trabajo derivados de expedientes de regulación de empleo, ya dijo la sentenencia de esta Sala de fecha 2 de mayo de 2002 (recurso nº. 242/2002), que "Al efecto en el único motivo de su recurso, amparado en el apartado c) del art. 191 de la L.P.L., denuncia la infracción por interpretación incorrecta del art. 56.1 en relación con el 45 del E.T. En definitiva se plantea la cuestión del período de tiempo que ha de tomarse en consideración para el cálculo de la indemnización por despido improcedente en los supuestos, como el presente, en que hubo un lapso de suspensión del contrato de trabajo, por causas económicas, por un período máximo de 12 meses, con efectos de 31-7-00, autorizado por la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía, durante cuyo período los actores fueron declarados en situación legal de desempleo, con derecho a percibir las prestaciones correspondientes. En trance de decidir sobre ello se ha de entender que la dicción del art. 56 del E.T. alude al concepto de antigüedad del trabajador para determinar la indemnización del despido y expresamente señala que se fijará en función de los años de servicio. Así pues lo dispuesto en el citado artículo se refiere al tiempo de desempeño de la condición de trabajador, lo que deviene decisivo para el cálculo que aquí interesa en tanto se refiere al tiempo en que el trabajador estuvo bajo la dirección del empresario pese a la suspensión del contrato pues, durante éste, únicamente cesan las obligaciones recíprocas de las partes de prestar servicios y abonar salarios, manteniéndose la vigencia del contrato. Pero es que además no puede desconocerse que en el presente caso ésta situación de suspensión temporal del vínculo jurídico-laboral obedeció a razones distintas de la propia y exclusiva voluntad del trabajador. Las circunstancias que determinaron ésa situación de suspensión, y los efectos atribuidos a la misma, impiden en el supuesto contemplado excluirla en el cómputo de la antigüedad estimable a los fines de determinación del "quantum" indemnizatorio por resolución de contrato a causa de despido improcedente. Procede en conclusión la desestimación del recurso y consiguiente confirmación de la resolución recurrida". En definitiva, como dice la doctrina, junto con las causas más tradicionales de suspensión del contrato, que suponen imposibilidad de prestación laboral por parte del trabajador, han aparecido otras, en que el trabajo no se presta por causas que se refieren no tanto a la persona cuanto a la organización productiva del empresario: la suspensión por causas económicas, técnicas y, ahora, también, organizativas y de producción;... Todos ellos son supuestos en que la prestación del trabajador es posible, pero viene impedida por una decisión empresarial. En tales supuestos no hay una imposibilidad de prestar el trabajo por el trabajador, sino en el sentido de que no puede hacerlo porque el empresario no predispone los medios necesarios para ello. No hay, en todo caso, un incumplimiento por parte del trabajador, que queda liberado de sus obligaciones: el trabajador puede y quiere trabajar, pero queda "liberado" de su prestación por decisión empresarial (en su caso, autorizada por la autoridad laboral). Hay más bien un incumplimiento por parte del empresario no ya de su obligación de retribuir el trabajo (en todo caso, en este supuesto no hay trabajo) sino de su obligación de proporcionar empleo y empleo efectivo.

Finalmente en lo referente a la indemnización a abonar la relación laboral de fijos discontinuos, es unánime a doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia al decir que, la misma debe calcularse en función del tiempo efectivo de trabajo, considerando como tal los días trabajados y los períodos de descanso que a ellos les corresponde, lo que obliga a un cálculo pormenorizado (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 8 de mayo de 2000 , (AS 2000, 5658), 2 de julio del 2001 (AS 2001, 3073), Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 21 de abril de 1999 (AS 1999, 1428) y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 3 de junio de 2003 (AS 2003, 1620), recurso 1162/03).

En definitiva, como dice este Tribunal, pero en su sede de Sevilla, en sentencia de 16 de abril de 2015 "debe considerarse que el periodo de servicios computable vendría a ser el efectivamente prestado entre aquella fecha y la producción del despido , de acuerdo con la dicción contenida en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores cuando menciona el periodo de servicios prestado a tal efecto. O lo que es lo mismo, con exclusión de los periodos de inactividad que efectivamente no pueden computarse a tenor de aquel criterio



legal. En este punto resultan equiparados los contratos de trabajo a tiempo parcial y fijos discontinuos (artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores)".

Alega la parte que, en el presente caso, debe computarse el periodo completo de la suspensión, en cuanto la empleadora pudo regular la duración de dichos expedientes por campañas agrícolas dada la cualidad de fijos discontinuos de los trabajadores afectado, pero no lo hizo estableciendo una duración continuada de los expedientes en previsión de lo previsto en el artículo 16.3 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornadas. El alegato debe ser rechazado, ya que lo que es objeto de debate no es si la suspensión responde en sus términos a la regulación que hace la norma alegada, sino exclusivamente, como debe ser indemnizado la actora en su condición de fija discontinua, lo que se limita a una cuestión de prueba, cual es, la determinación de la duración de las campañas durante el periodo de suspensión del contrato. En el presente caso, ninguna referencia se hace a ello en el relato de hechos probados, desconociendo este Tribunal si dicha campaña se llevo a cabo por otros trabajadores no incluidos en el expediente suspensivo y su duración. En caso de que así no fuera, cuando duro aproximadamente la actividad de otras empresas durante dicha campaña o, por ultimo, la duración de campañas anteriores de la empresa demanda. Ante ello, no quede más que diferir para ejecución de sentencia la determinación de dicho presupuesto de hecho, necesario para solventar la cuestión debatida y en base a ello reconocer los derechos de la trabajadora a efectos indemnizatorios.

FALLAMOS

Estimando parcialmente el recurso interpuesto por DOÑA Silvia contra la sentencia de fecha 24 de Abril de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº DOS DE LOS DE ALMERIA , en autos nº 1004/14 seguidos a instancia de la parte recurrente contra ROSORA DEL PONIENTE SL, sobre despido, debiendo revocarla exclusivamente a lo que hace referencia al montante indemnizatorio que se determinara reconociendole a la actora la antigüedad, junto a los días que le vienen reconocidos, los que resulten del computo de los días de actividad -campaña- a desarrollar durante el periodos de suspensión del contrato, que se determinara en ejecución de sentencia.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que previene el art. 218 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes al de su notificación, debiendo el recurrente que no ostente la condición de trabajador, causa-habiente suyo o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita efectuar el depósito de 600 €, mediante ingreso en la cuenta de "Depósitos y Consignaciones" de esta Sala de lo Social abierta en el Banco de Santander con el núm. 1758.0000.80. (**nº de expediente y año**) , Oficina c/ Reyes Católicos, 36 de esta Capital o bien, mediante transferencia a la cuenta número ES5500493569920005001274 (en el caso de ingresos por transferencia en formato electrónico), o a la cuenta núm. ES55 0049 3569 9200 0500 1274 (para ingresos por transferencia en formato papel); en tales casos, habrá de hacer constar, en el campo reservado al beneficiario, el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada y en el campo reservado al concepto, el número de cuenta 1758.0000.80. (**nº de expediente y año**) , sin cuyo requisito se tendrá por no preparado el recurso

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