



Roj: **STS 2522/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2522**

Id Cendoj: **28079140012016100340**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/04/2016**

Nº de Recurso: **1921/2014**

Nº de Resolución: **295/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**SENTENCIA:**

**Presidente Excmo. Sr. D.: Jesús Gullón Rodríguez**

**Sentencia Nº:** 295/2016

**Fecha Sentencia:** 18/04/2016

**Recurso Num.:** UNIFICACIÓN DOCTRINA **1921/2014**

**Fallo/Acuerdo:**

**Votación:** 12/04/2016

**Procedencia:** T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

**Ponente Excmo. Sr. D.** Miguel Ángel Luelmo Millán

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

**Reproducido por:** BAA

**Nota:**

**Despido disciplinario. Posibilidad de corregir, por medio de auto de aclaración, el quantum indemnizatorio establecido en la sentencia que declara dicho despido improcedente, aunque se trate de la existencia de un error en la normativa aplicada al respecto: cabe porque lo que se debate es el despido mismo y no la indemnización.**

**Recurso Num.:** / **1921/2014**

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Miguel Ángel Luelmo Millán

**Votación:** 12/04/2016

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

**TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL**

**SENTENCIA Nº:** 295/2016

**Excmos. Sres.:**

**D. Jesús Gullón Rodríguez, D. Luis Fernando de Castro Fernández, D. José Manuel López García de la Serrana, D. Miguel Ángel Luelmo Millán, D. Antonio V. Sempere Navarro**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Abril de dos mil dieciséis. Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Braulio, representado y asistido por el letrado D. Luis Ignacio Díez



Mateos, contra la sentencia de fecha 21 de enero de 2014, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en el recurso de suplicación núm. 540/2013, formulado frente a la sentencia de fecha 28 de agosto de 2013, dictada en autos 347/2013 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Plasencia, seguidos a instancia de dicho recurrente, contra MERCADONA, S.A., sobre DESPIDO.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida MERCADONA, S.A., representada y asistida por la letrada Doña M<sup>a</sup> Luisa de Vicente y Alvarez.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Miguel Ángel Luelmo Millán**,

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 28 de agosto de 2013, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Plasencia, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: DESESTIMO la demanda presentada por D. Braulio frente a la empresa "MERCADONA, S.A.", DECLARO PROCEDENTE el despido disciplinario del actor, y ABSUELVO a la empresa demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- El demandante, Braulio, ha venido prestando servicios para la empresa "MERCADONA, S. A" desde el día 23 de septiembre de 2002, en el centro de trabajo sito en la Avda. de Salamanca de Plasencia, con categoría profesional Gerente A, y salario de 1.857,46 euros, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- La relación laboral se ha regido por el "Convenio colectivo de Mercadona S.A", publicado en el BOE de 13 de marzo de 2010.

TERCERO.- El trabajador demandante recibió una comunicación de la empresa, cuyo contenido íntegro se da por reproducido (folios 9 a 15), en la que se le notificó su despido, con fecha de efectos 18 de abril de 2013, por la comisión una falta muy grave, prevista en el artículo 54.2.c) y d) del ET, así como en el artículo 35. C 1 y 7 del Convenio Colectivo de la empresa.

CUARTO.- En el mes de Diciembre de 2012, sin que pueda concretarse la fecha, el demandante tuvo un incidente con su compañera de trabajo, Tarsila, a la que se dirigió con expresiones malsonantes, sin que puedan concretarse las mismas. La trabajadora trasladó una queja por el comportamiento del actor a la Coordinadora del centro.

En el mes de Enero de 2013, al recibir indicaciones de la Gerente B, Asunción, sobre la colocación del género en el almacén, el demandante reaccionó increpando a la trabajadora con términos que no es posible precisar.

QUINTO.- El día 17 de abril de 2013, sobre las 16:00 horas, cuando el actor, acompañado de otros dos trabajadores de su misma categoría profesional, se encontraba recibiendo de la Gerente B del establecimiento, Asunción, instrucciones sobre la nueva organización del almacén, se dirigió a ésta, de forma alterada, en los siguientes términos:

"Tu te crees que aquí haya que hacer las cosas como tú las digas, nadie se atreve a decirte las cosas pero yo sí, y me toca los cojones que tú seas Gerente B, tu manera podrá ser buena o no, pero la mía es mejor. A ti lo que te pasa es que me tienes manía, pero me toca los cojones lo que tú digas o hagas, tú no eres nadie, yo hago lo que me da la gana..".

La trabajadora, alarmada por la situación, solicitó al actor que no se alterase, indicación ante la cual, zarandeando un palé vacío, reaccionó diciendo: "¿alterado?... alterado estaría si cogiera el palé y te lo tirara a la cabeza", y acto seguido se ausentó del almacén después de propinar una patada al mencionado palé.

SEXTO.- La trabajadora, afectada por lo ocurrido, puso los hechos en conocimiento de la Coordinadora del establecimiento, y acudió en la misma tarde a un Centro médico, por presentar sintomatología de disnea y dolor torácico, siéndole diagnosticada "crisis de ansiedad".

SÉPTIMO.- En la evaluación realizada por la Coordinadora del centro en fecha 30 de enero de 2013, el actor obtuvo una valoración total de 7,20 puntos, y de 8 puntos en relación con el trato respetuoso a sus compañeros.

OCTAVO.- El demandante no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la representación de los trabajadores.

NOVENO.- El día 3 de mayo de 2013 se celebró acto de conciliación ante la UMAC con resultado "sin avenencia".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, dictó sentencia con fecha 21 de enero de 2014, en la que consta la



siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Que, estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por Braulio , contra la sentencia número 230/2013 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N.3 de PLASENCIA en el procedimiento DEMANDA 347/2013, seguido a instancia del recurrente frente a MERCADONA, SA, revocamos dicha resolución y declarando la improcedencia del despido condenamos a la demandada MERCADONA S.A., a que a su elección, que deberá formalizar en el plazo de cinco días, readmita a la actora en su puesto y condiciones de trabajo o la indemnice en la cantidad de 21.622 euros y en caso de optar por la readmisión, a abonarle los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución o hasta que hubiera encontrado otro empleo a razón de 61,90 euros diarios, de los que podrá descontar, día a día, lo que hubiera percibido por otro trabajo posterior al despido. En caso de readmisión, se autoriza a la empresa a que imponga al demandante una sanción de las que el convenio colectivo prevé para las faltas graves, en el plazo de caducidad de los diez días siguientes a la firmeza de esta sentencia, decisión empresarial que será revisable a instancia del trabajador, en el plazo, igualmente de caducidad, de los veinte días siguientes a su notificación, a través de incidente de ejecución de la sentencia de despido".

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Braulio , el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de fecha 15 de julio de 2013, así como la infracción de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 24 de la Constitución.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 9 de marzo de 2015, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Habiendo transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para la impugnación sin haberlo verificado, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 12 de abril de 2016, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso de casación que se examina versa sobre un despido disciplinario y la cuestión objeto del mismo se circunscribe a la posibilidad de corregir, por medio de auto de aclaración, el quantum indemnizatorio establecido en la sentencia que declara dicho despido improcedente. La sentencia de instancia había desestimado la demanda del trabajador acerca del despido mismo y la de suplicación la revocó, estimando en parte su recurso y condenando a la empresa a readmitir o indemnizar al trabajador, fijando en este último caso la cantidad por tal concepto de 21.622 €, "salvo error u omisión", sobre la base de una antigüedad de 23 de septiembre de 2002 (la declarada en la sentencia de instancia) y un salario de 1.857,46 €. El actor solicitó aclaración de la Sala respecto del importe de tal indemnización por considerar que debía ser de 51.628,74 € en función de la antigüedad a establecer en el 10 de junio de 1990 en que suscribió el primer contrato, lo que la Sala negó por entender que constituía una variación del fallo que no podía producirse porque no se trata de un error aritmético sino de la normativa a aplicar, procediendo, por el contrario, a rectificar, en menos, el cálculo hasta fijar la indemnización en 19.786 €.

Recorre el actor en casación por medio de un motivo, citando de contradicción la sentencia del TSJC-L de 15/07/2013. No hay impugnación de la empresa demandada y personada en el recurso. El Mº Fiscal lo considera improcedente.

**SEGUNDO.-** La contradicción que ha de existir entre las sentencias comparadas según requiere el art 219.1 de la LRJS es apreciable, tal y como sostiene el Mº Fiscal, toda vez que sobre la relación fáctica descrita en el fundamento precedente, en la referencial se da la coincidencia sustancial con la recurrida, donde, a pesar de tratarse de un despido objetivo, se está en el caso también de una resolución que examina el alcance de las aclaraciones (dos) efectuadas por la sentencia de instancia y cuya extralimitación denuncia la empresa recurrente en suplicación, cuya sentencia establece con fundamento en la jurisprudencia constitucional que cita, que el cálculo indemnizatorio es materia de aclaración en cuanto es susceptible de ser considerado un error material manifiesto incluso cuando, como en ese caso se trata, deriva de la aplicación de una norma posterior (la Disposición Transitoria Quinta del RD 3/2012, de 10 de febrero) al despido mismo que, por lo tanto, se regía por la normativa anterior, sin que, en principio, se advirtiese dicha diferencia pero sin que en el auto correspondiente se haya efectuado ninguna calificación jurídica ni una nueva y distinta apreciación de las pruebas practicadas en relación con ello, por lo que, en estos términos, la tan repetida aclaración era admisible, a diferencia de lo que sostiene la sentencia ahora recurrida, por lo que, según se apuntaba inicialmente, el requisito en cuestión ha de considerarse cumplido.



**TERCERO.-** Sentado lo anterior, el recurrente señala la infracción de la mencionada Disposición Transitoria Quinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, "al haberse concedido una indemnización de 33 días año trabajado con tope de 24 mensualidades cuando conforme a dicha disposición debió concederse una indemnización de 45 días por año de servicio hasta el 12 de febrero 2012 y a partir de aquí y hasta extinción de contrato a razón de 33 días año trabajado con tope de 24 mensualidades", añadiendo en un segundo apartado que por ello se ha producido también la vulneración de la jurisprudencia del TC y del TS respecto al art 267 LOPJ y al art 24 de la CE así como la del principio de invariabilidad e inmodificabilidad de las resoluciones y sus excepciones, concluyendo, en congruencia con todo ello que la indemnización fijada debió ascender a 28.617,89 €, que es la suma que reitera en el subsiguiente suplico.

Para la resolución de la cuestión planteada ha de partirse de los siguientes datos: a) que el trabajador ostenta en la empresa la antigüedad que se le reconoce en el hecho primero de la sentencia recurrida, es decir, 23 de septiembre de 2002; b) que el salario ascendía, según ese mismo ordinal, a 1.857,46 €, y c), que el despido se produjo con fecha de efectos de 18 de abril de 2013 (hecho tercero de la referida resolución). Esos son los elementos que han de tenerse en cuenta para cualquier contabilidad al respecto.

A partir de ahí, es de reseñar que tratándose de un despido, lo que se solicitaba en el suplico de demanda no era una cantidad sino su declaración de nulo o subsidiariamente improcedente "con las consecuencias legales que derivan de dicha declaración", precisando respecto de la indemnización a abonar en su caso que fuese "la establecida en el art 56.1.a) del ET ", sin más precisiones.

En la sentencia de instancia, como ya se ha dicho, se desestimó la demanda y, en consecuencia, no se fijó indemnización alguna. Por su parte, la de suplicación acogió el recurso del actor y declaró la improcedencia del despido señalando únicamente sobre el particular en su tercer fundamento de derecho que "teniendo en cuenta que el despido se produce con efectos 18 de abril de 2013, que el trabajador tenía una antigüedad de 23 de septiembre de 2002 y un salario mensual de 1.857,46 € incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, corresponde al trabajador, salvo error u omisión, una indemnización de 21.622 €, cantidad que resulta de 349,25 días de indemnización y de un salario día de 61,91 €", lo que en posterior auto de 27 de marzo de 2014, dictado a instancias del propio actor, se mantuvo denegando la aclaración pretendida por éste por entender la Sala que "lo que pretende la parte en este caso no es la corrección de un error aritmético o de cálculo sino la cuantificación de la indemnización por despido conforme a la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, lo que supone una alteración del fallo no permitida por este cauce procesal".

En tales condiciones y circunstancias, la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste, y ello porque, en primer lugar, se trata de un procedimiento por despido en el que lo que se discute es únicamente, como se ha dicho, su calificación, siendo la indemnización una mera consecuencia o añadido al pronunciamiento que se insta del órgano jurisdiccional. En segundo lugar, en la sentencia no hay razonamiento alguno acerca del mencionado cálculo indemnizatorio sobre la base de una específica norma en la materia, sino exclusivamente y, en términos generales, la cita de la del propio despido que ha sido la misma en todo momento, aunque se haya modificado. En tercer y último lugar, en fin, es evidente que el error se ha producido y que consiste tan solo en ese cálculo, cuyo defecto no se niega por la Sala en el auto mencionado, de modo que ha de deducirse que ha errado en la aplicación del texto de la norma a la fecha del despido, al no tener en cuenta ésta y la redacción de la misma en tal momento.

No hay, pues, contravención del art 267.1 de la LOPJ con tal corrección si procediera contablemente, sino por el contrario, cumplimiento de su espíritu y finalidad, y si errar es posible, evidentemente lo que procede, una vez detectada tal circunstancia, es la rectificación mientras haya lugar ello, tanto porque lo impone un ejercicio de pura lógica, que es el sustrato mismo del derecho, como porque es el modo de hacer realmente efectiva la tutela judicial que proclama el art 24.1 de la CE y el propio principio de economía procesal que, rectamente entendido, se opone también a deferir a una instancia superior la subsanación del error detectado en tales términos y la solución a todas luces debida.

Sobre la base de todo ello y teniendo en cuenta que conforme a la Disposición final vigésima primera de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, dicha norma entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE, lo que aconteció el 7 de julio de 2012, esta ley era aplicable a partir de esa fecha y, por tanto, a la del despido del actor, estableciendo su Disposición Transitoria Quinta, nº2, que *"la indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin*



que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso". Por lo tanto, la fórmula de cálculo debió acomodarse a dicha prescripción y no a la del mismo precepto ( art 56.1 del ET) en la redacción general dada por el art 18.Siete de esa misma Ley 3/2012, previa a tal disposición transitoria.

En igual sentido, las sentencias de esta Sala de 29 de septiembre de 2014 (rcud 3065/2013) 2 de febrero de 2016 (rcud 1624/2014) y 18 de febrero de 2016 (rcud 3257/2014).

Consecuentemente con todo ello y visto el informe del Mº Fiscal, ha de estimarse el recurso fijando la indemnización por despido en los 28.617,89 € que solicita el trabajador.

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

## FALLAMOS

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Braulio , contra la sentencia de fecha 21 de enero de 2014, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en el recurso de suplicación núm. 540/2013, formulado frente a la sentencia de fecha 28 de agosto de 2013, dictada en autos 347/2013 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Plasencia, seguidos a instancia de dicho recurrente, contra MERCADONA, S.A., sobre DESPIDO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida en este extremo indemnizatorio y fijando la cantidad a percibir en tal concepto por el trabajador en 28.617,89 €.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, 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. Miguel Ángel Luelmo Millán hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.