



Roj: **STSJ AND 4920/2014 - ECLI: ES:TSJAND:2014:4920**

Id Cendoj: **18087340012014100940**

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

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **14/05/2014**

Nº de Recurso: **581/2014**

Nº de Resolución: **963/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **FRANCISCO JOSE VILLAR DEL MORAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 4920/2014,**  
**STS 1030/2016**

1

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**

**CON SEDE EN GRANADA**

**SALA DE LO SOCIAL**

M.H.

**SENTENCIA NÚM. 963/14**

ILTMO.SR.D. JOSE MANUEL GONZÁLEZ VIÑAS

PRESIDENTE

ILTMO.SR.D. JORGE LUIS FERRER GONZÁLEZ

ILTMO.SR.D. FRANCISCO JOSE VILLAR DEL MORAL

MAGISTRADOS

En la ciudad de Granada a catorce de mayo de dos mil catorce

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, han pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el recurso de Suplicación núm. 581/14, interpuesto por Florencia contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 DE GRANADA en fecha 17 de enero de 2014 y en autos nº 999/13 ha sido **ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JOSE VILLAR DEL MORAL.**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por Florencia en reclamación sobre DESPIDO contra PROYECTOS INTEGRALES DE LIMPIEZA S.A. y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó sentencia en fecha 17 de enero de 2014, por la que se desestimó íntegramente la demanda interpuesta, absolviendo a la misma de todos los pronunciamientos deducidos en su contra.



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

PRIMERO.- D<sup>ÑA</sup>. Florencia , DNI NUM000 , viene prestando servicios para la demandada PROYECTOS INTEGRALES DE LIMPIEZA S.A. ,con carácter indefinido, a tiempo parcial(35 horas semanales) con antigüedad reconocida del día 26/09/1987, categoría profesional limpiadora y con salario día que asciende a 38,95 euros/día.

SEGUNDO.- En fecha 15/02/2012 inicia un proceso de IT, diagnóstico: contusión dedo pie, siendo dada de alta por Inspección medica en fecha 26/12/2012.

Como consecuencia de expediente de incapacidad permanente en fecha 26/12/2012 se dicta resolución del INSS por la que se deniega la prestación.

En fecha 27/1/2012 inicia nueva IT, diagnóstico: espondilolistesis adquirida.

Por el INSS se acuerda con reconocer la prórroga por un plazo máximo de ciento ochenta días del proceso de IT, al haber agotado, con fecha 13/03/2013, la duración máxima de trescientos sesenta y cinco días del mismo.

TERCERO: La TGSS procede a reconocer la baja en el Régimen General de D<sup>ña</sup>. Florencia , como trabajadora de la empresa Proyectos Integrales de Limpieza S.A. con fecha 09/09/2013.

CUARTO.- D<sup>a</sup> Florencia promovió conciliación en fecha 03/10/2013 que se celebró ante el CEMAC con el resultado de "intentado sin efecto " el día15/10/2013, interponiendo posteriormente demanda que fue cursada a este juzgado.

QUINTO.-La trabajadora no ostenta la condición de delegado de personal, delegado sindical o miembro del comité de empresa, ni la ha ostentado en el último año.

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por Florencia , 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.-** Contra la sentencia desestimatoria de la demanda en que se impugnaba el despido que entendía la actora se había producido el día 9/9/2013, al ser dada de baja ante la TGSS, considerando la magistrada que no existía voluntad extintiva real del empresario, sino concurrencia legal de agotamiento del plazo máximo de duración de la IT iniciada el 15/2/2012 por el transcurso de 18 meses, estando el contrato suspendido y sin obligación de cotización empresarial, se alza la parte actora, suscitando como cuestión previa por tener relevancia en las actuaciones que con base en la resolución del INSS de 20/1/2014 que aporta y se admitió por auto de esta Sala de 1/4/2014 , se tenga en cuenta que fue declarada afecta de IP en grado de total para su profesión habitual por contingencias comunes, fijando como plazo de revisión por agravación o mejoría el 1/12/2015, y determinando fecha de la IT que precede a la baja el 27/12/2012, pero aunque no formule expreso motivo y con las formalidades expresas de la letra b del art 193 de la LRJS , al tratarse de una resolución administrativa posterior que como documento ha sido admitido por esta Sala, y que como antecedente se podrá ponderar dicha circunstancia en su momento en el posterior devenir y análisis del recurso, ex art 202, 2º de la LRJS , una vez que se ha dado traslado a la parte empresarial para alegaciones complementarias, de acogerse la pretensión de que el despido producido es improcedente, en cuanto determina efectos relativos a los efectos futuros de la condena prevista en el art 56 del ET , máxime tratándose de un documento que es público, al constituir una resolución administrativa de la entidad gestora.

Prosigue con amparo en letra b del art 193 de la LRJS , para que se de una redacción alternativa que complete el ordinal 3º, que actualmente dice: "La TGSS procede a reconocer la baja en el Régimen General de D<sup>ña</sup>. Florencia , como trabajadora de la empresa Proyectos Integrales de Limpieza S.A. con fecha 09/09/2013", proponiendo el siguiente texto... " *La TGSS procede a reconocer la baja en el Régimen General de D<sup>ña</sup>. Florencia , como trabajadora de la empresa Proyectos Integrales de Limpieza S.A. con fecha 09/09/2013, **habiéndose alegado por la empresa como causa de la misma "BAJA POR AGOTAMIENTO DE I.T.", procediendo a liquidar en tal fecha las cantidades adeudadas a la trabajadora"***

Basa su petición en los documentos obrantes a los folios 57, y 59 a 61 ambos inclusive, a lo que debe accederse, por ser cierto lo expresado por la recurrente a la luz del texto de los documentos, y sin perjuicio de la trascendencia que pueda surtir en el resultado del recurso.

Así mismo solicita que se corrija el error padecido en el ordinal 2º, párrafo tercero, pues la fecha de la segunda IT no es la de 27/1/2012, sino la de 27/12/2012, citando a tal efecto el parte de baja de los folios 48 y 68, a lo que debe accederse.



**SEGUNDO.-** Con amparo en letra c del art 193 de la LRJS , solicita que presuponiendo el íntegro éxito de la revisión fáctica que postula, se revoque la sentencia, y se declare improcedente el despido, con las consecuencias legales, si bien en escrito posterior tras admitirse el documento presentado por la recurrente, y puesto que entiende que tras declararse la IP total no es posible la legal opción por la readmisión, al dejar de ser alternativa ya la obligación objeto de condena, se fije la indemnización extintiva, ex art 110, 1º b en relación al art 202, 3º de la LRJS , como son interpretados por la STSJA de Granada de 25/5/2009 en rec suplic 760/2009 y en la STS de 24/2/2014 en rcud 1037/2013 , - inaplicable, ya que la trabajadora antes de la sentencia de despido en aquel caso fue declarada ya en situación de IP en grado de absoluta-, pues la magistrada confunde la no obligación empresarial de cotización por agotamiento de la duración máxima de IT con la desvinculación definitiva y arbitraria de la trabajadora con la empleadora, constitutiva de despido improcedente, al liquidarle además todas las diferencias retributivas existentes hasta la fecha, relativas a pagas extras y vacaciones, que supone patentizar una real voluntad extintiva, citando como infringidos los arts 45, 1º c, 49, 2º, 55, 4º y 56. 1º del ET , existiendo dos procesos de baja diferenciados con distintos diagnósticos, persistiendo la obligación de mantenerla en alta en el RGSS y efectuarle las oportunas cotizaciones, mientras este suspendido el contrato, citando la STSJ de Málaga de 1/3/2007, en rec de suplicación 213/2007 .

Y a la censura ha de accederse si bien parcialmente, pues la conducta empresarial entraña ciertamente un auténtico despido, pues en 9 de septiembre de 2013 lo que en realidad acontece es que se le da de baja ante la TGSS en la empresa y le liquida las diferencias existentes surgidas en el curso de la relación laboral y hasta ese momento, cuando lo que procedía era tras el agotamiento del plazo o bien permitirle la reincorporación a su puesto de trabajo, si su estado físico lo permitía o mantenerle en suspenso el contrato de no existir capacidad física para su desempeño, con exoneración del deber de cotización, ex art 106 de la LGSS en relación a la disposición adicional 5ª del RD 1300/95 , lo que es distinto a la efectiva baja como trabajador ante la TGSS o proceder a un despido disciplinario por ausencia injustificada, pero no desligarse absolutamente y amparado en causa distinta y no legal de las obligaciones inherentes al empresario respecto de tal contrato de trabajo, pues el despido es causal en nuestro ordenamiento y la causa esgrimida no está expresamente prevista con tales efectos en el art 49 del ET .

En consecuencia, revocamos la sentencia y declaramos improcedente el despido y condenamos a la empresa a estar y pasar por esta declaración y a que opte en el plazo de los 5 días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia a la readmisión de la actora en su puesto de trabajo, y en idénticas condiciones, una vez se produzca el transcurso del plazo de revisión para verificar agravación o mejoría en su situación de IP total después declarada, ex art 48, 2º del ET o decida extinguir el contrato de trabajo, abonándole una indemnización legal que en el supuesto de la actora, vista su antigüedad en al empresa, salario y jornada, supone la cantidad que luego se dirá.

Y no procede la extinción indemnizada por nuestra sentencia del contrato, fijando la indemnización, pues al preverse plazo de revisión, el Inss considera que cabe que recupere capacidad para volver a desempeñar su profesión, con lo que estamos ante un supuesto especial de suspensión de contrato de trabajo, previsto en el art 48, 2º del ET , por dos años más, una vez que se ha dado traslado por la dirección del Inss a la empresa de tal circunstancia.

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

No procede hacer condena sin embargo al efectivo abono de salarios de tramitación en caso de opción por readmisión, desde la fecha del despido, y a razón de 38,95 euros diarios, pues precedió inicio del segundo proceso de IT el 27/12/2012, previo al despido, siendo incompatibles con prestaciones de it, o con el posterior percibo de pensión de IP en grado de total. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

Dado que en el presente caso se trata de un contrato formalizado antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, ha de tenerse así mismo en cuenta (vid entre otras Sentencia de esta Sala núm. 1125/2013 de 5 junio JUR 2013\285916, recurso de suplicación 758/2013 , o Sentencia núm. 1125/2013 de 5 junio JUR 2013\285916, recurso de suplicación 1125/2013 ), lo que establece la Disposición Transitoria Quinta del citado Real Decreto :

1. La indemnización por despido prevista en el apartado 1 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , en la redacción dada por el presente Real Decreto-Ley, será de aplicación a los contratos suscritos a partir de la entrada en vigor del mismo.

2. La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser



superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley 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. En este caso, la indemnización ya por el primer tramo correspondiente era superior a ese límite de 720 días, por tener una antigüedad de 23 años y 5 meses en ese tramo primero, siendo inferior a las 42 mensualidades que es el tope máximo indemnizatorio.

En el presente caso, al encontrarnos como hemos visto ante un contrato suscrito con anterioridad a la entrada en vigor del mencionado Real Decreto Ley, será de aplicación el apartado segundo de dicha Disposición Transitoria, en concreto según el ordinal 1º de la sentencia desde el 26/9/1987, lo que comporta una la indemnización total de 41.043,56 € calculada, sobre la base de un salario diario a efectos de despido de 38.95 €, a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor -del 26/9/1987 a 11/02/2012-, lo que totalizan 1053,75 días.

## FALLAMOS

Que **estimando** el recurso de **suplicación** interpuesto por Florencia contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 DE GRANADA en fecha 17 de enero de 2014, en Autos 999/13 seguidos a instancia de aquella en reclamación sobre DESPIDO contra PROYECTOS INTEGRALES DE LIMPIEZA S.A., debemos revocar y revocamos la citada resolución, y, con estimación de la demanda, en su pretensión de improcedencia de la decisión extintiva atacada, declaramos como despido improcedente el cese de la actora en su puesto de trabajo en fecha 9/9/2013, condenando a la empresa a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido una vez se produzca el transcurso del plazo de revisión para verificar agravación o mejoría en su situación de IP total después declarada, ex art 48, 2º del ET, o si opta por la extinción, le abone como indemnización 41.043,56 € entendiéndose que en el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

En caso de que se opte por la readmisión, la actora en este caso no tiene derecho a salarios de tramitación por ser incompatibles con el percibo de subsidio de IT y posterior pensión de IP en grado de total.

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.

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 €, en impreso individualizado en la cuenta corriente que más abajo se indica, así como que deberá consignar la cantidad objeto de condena, o de manera solidaria, si no estuviera ya constituida en la instancia, en la cuenta de "Depósitos y Consignaciones" de esta Sala abierta con el núm. 1758.0000.80.0581.14 Grupo Banesto, en el Banco Español de Crédito S.A., Oficina Principal (Código 4052), 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. **581.14** y pudiendo sustituir tal ingreso por aval bancario solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito, sin cuyos requisitos se tendrá por no preparado el recurso.

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