



Roj: **STSJ ICAN 556/2021 - ECLI:ES:Tsjican:2021:556**

Id Cendoj: **38038340012021100168**

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

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **05/03/2021**

Nº de Recurso: **415/2020**

Nº de Resolución: **146/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN SANCHEZ-PARODI PASCUA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección: RO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 373

Fax.: 922 479 421

Email: socialtsjtf@justiciaencanarias.org

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000415/2020

NIG: 3803844420190002998

Materia: Despido

Resolución: Sentencia 000146/2021

Proc. origen: Despidos / Ceses en general Nº proc. origen: 0000364/2019-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 4 de Santa Cruz de Tenerife

Recurrente: Valentina ; Abogado: DAMIAN GALVAN RODRIGUEZ

Recurrido: DIRECCION000 .; Abogado: EDUARDO PEÑACOBIA RIVAS

FOGASA: FOGASA; Abogado: ABOGACÍA DEL ESTADO DE FOGASA SANTA CRUZ DE TNF

En Santa Cruz de Tenerife, a 5 de marzo de 2021.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, D./Dña. MARÍA CARMEN GARCÍA MARRERO y D./Dña. EDUARDO JESÚS RAMOS REAL, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000415/2020, interpuesto por D./Dña. Valentina , frente a Sentencia 000118/2020 del Juzgado de lo Social Nº 4 de Santa Cruz de Tenerife los Autos Nº 0000364/2019-00 en reclamación de Despido siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ-PARODI PASCUA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D./Dña. Valentina, en reclamación de Despido siendo demandado/a DIRECCION000 y FOGASA y celebrado juicio y dictada Sentencia desestimatoria, el día 13 de abril de 2020, por el Juzgado de referencia. SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes: PRIMERO.- Doña Valentina presta sus servicios para la demandada con antigüedad 23 de diciembre de 2004; categoría profesional 5, grado 8 y con funciones de visitadora médica en Tenerife y le es de aplicación el Convenio Colectivo General de industria Química. (hecho probado que se desprende de la conformidad de las partes). SEGUNDO.- Doña Valentina ha percibido en los últimos doce meses 60.419,15 euros con el siguiente desglose: Retribuciones Fijas: 51.747 euros.

Bonus: 4.629 euros.

Tarjeta Regalo: 150 euros.

Plan de Previsión: 4.317,12 euros.

Seguro de Vida: 358,65 euros.

Seguro Médico: 1.441,92 euros.

Vehículo de compañía: 995,46 euros.

(Hecho probado que se desprende de las nominas incorporadas a autos autos). TERCERO.- El 19 de marzo de 2019 se le notifica a actora carta de despido objetivo por causas económico-productivas y organizativas con efectos del 1 de abril. El contenido de la carta se incorpora y se da por reproducido. (Hecho probado que se desprende de los folios 474 a 478 de los autos). CUARTO.- El 19 de marzo de 2019 se realiza transferencia bancaria vía Banco de España de 20 días de indemnización legal por despido objetivo por importe de 45.448,66 euros. La aceptación por el Deutsche Bank en la cuenta de la actora es de fecha 20 de marzo de 2019. (Hecho probado que se desprende de los folios 480 a 482 de los autos). QUINTO.- El 19 de marzo de 2019 se realiza transferencia bancaria vía Banco de España por falta de preaviso por importe de 112,97 euros. La aceptación por el Deutsche Bank en la cuenta de la actora es de fecha 20 de marzo de 2019. (Hecho probado que se desprende de los folios 484 a 485 de los autos). SEXTO.- La liquidación de Doña Valentina a 1 de abril de 2019 incluye un total sujeto a IRPF de 4.411,11 euros por los siguientes conceptos:

1 día de abril: 123,13 euros.

4/6 paga extra de junio: 2.464,14 euros.

Falta de preaviso: 143,74 euros.

3 días no recuperables: 504,03 euros.

7 días de vacaciones: 1.176,07 euros.

El total líquido asciende a 4.289,99 euros.

(Hecho probado que se desprende de los folios 309 a 311 de los autos). SEPTIMO.- La actora se encuentra dada de alta según el informe de vida laboral desde el 25 de junio de 2019 y presta servicios para la entidad DIRECCION003. (Hecho probado que se desprende de los folios 313 a 316 de los autos). OCTAVO.- La actora según el informe de datos para la cotización ha estado en situación de suspensión por maternidad los siguientes periodos:

Del 24 de octubre de 2012 al 12 de febrero de 2013.

Del 1 de enero de 2018 al 2 de mayo de 2018.

(Hecho probado que se desprende del folio 312 bis de los autos). NOVENO.- Don Fernando certifica como apoderado de la entidad DIRECCION000 que a 4 de abril de 2019 había en la demandada 86 empleados con reducción de Jornada por Guarda legal o cuidado de familiares. (Hecho probado que se desprende del folio 489 de los autos). DECIMO.- DIRECCION000 fue reconocida por resolución de 5 de marzo de 2008 de la Dirección General de La Mujer como Entidad Colaboradora en Igualdad de oportunidades entre Hombres y Mujeres. (Hecho probado que se desprende de los folios 491 a 500 de los autos). UNDECIMO.- Doña Custodia envía email en nombre de DIRECCION000 el 20 de marzo de 2019 a la actora en el que le ofrece plazas vacantes en Toledo o Córdoba y que la compañía le ayudaría con los gastos de mudanza y traslado. Don Fernando envía email en nombre de DIRECCION000 el 26 de marzo de 2019 a la actora en el que le indica que de aceptar el traslado tendría que devolver la indemnización y firmar un anexo al contrato sobre su nueva zona de trabajo. (Hecho probado que se desprende de los folios 500 bis y 500 ter de los autos). DUODECIMO.- A partir de julio de 2018 Doña Valentina se ocupa de la Zona 04. La zona 01 esta Gracia; la



zona 02 Guadalupe y la zona 3 Nazario . La segunda línea de productos está ocupada por las siguientes personas: Zona 1 Nicolas , Zona 2 Octavio , Zona 3 Pelayo y Zona 4 Raimundo . De las ocho personas que se ocupan de funciones de visita médica tres son mujeres y cinco hombres. (Hecho probado que se desprende del folio 501 de los autos). DECIMOTERCERO.- A Doña Valentina se le abonaron en la nómina de marzo de 2019 4.620 euros por evaluación de desempeño y bonus del año 2018. (Hecho probado que se desprende del folio 504 de los autos). DECIMOCUARTO.- El hijo de Doña Valentina nació el NUM000 de 2018 y fue inscrito en el Registro Civil de DIRECCION001 . (Hecho probado que se desprende del folio 582 de los autos). DECIMOQUINTO.- El 66 % de la plantilla de la empresa demandada son mujeres. Hay trabajadores de mayor edad prestando servicio. Todas las contrataciones llevadas a cabo por Don Torcuato han sido mujeres. (hecho que se desprende de las declaraciones testificales de Doña Custodia y de Don Torcuato). DECIMOSEXTO.- La demandante no ostenta ni ha ostentado cargo sindical alguno, así como tampoco consta su afiliación sindical. DECIMOSEPTIMO.- Se han cerrado dos oficinas de DIRECCION000 en las Islas Canarias; una en Gran Canaria y otra en Tenerife sur. (hecho que se desprende de las declaraciones testificales de Doña Custodia y de Don Torcuato). DECIMOCTAVO.- El preceptivo acto de conciliación ante el SMAC, se celebró el 30 de abril de 2019, en virtud de papeleta presentada el 5 de abril de 2019, concluyendo el mismo SIN AVENENCIA. (hecho probado que se desprende del folio 159 de los autos). TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: Debo desestimar y desestimo la demanda de despido presentada por Doña Valentina asistido por el letrado Don Damian Galvan Rodriguez, frente a DIRECCION000 asistido por el letrado Don Antonio Cejas Cordon absolviendo a la demandada de todos los pedimentos realizados de contrario. Debo estimar y estimo parcialmente la demanda acumulada de cantidad presentada por Doña Valentina asistido por el letrado Don Damian Galvan Rodriguez, frente a DIRECCION000 asistido por el letrado Don Antonio Cejas Cordony condeno a la demandada a que abone a la actora la cantidad de 1.238,13 euros, más con el diez por ciento de mora patronal.

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D./Dña. Valentina , y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 17 de noviembre de 2020 y que por motivos de baja laboral de la lltma. Sra. Ponente, el señalamiento se trasladó para el día 23 de febrero de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda de despido en virtud de la cual la parte actora solicitaba que dicho cese fuera declarado nulo o improcedente; no obstante, estima parcialmente la reclamación de cantidad aunada a la pretensión anterior.

Frente a dicha sentencia se alza en suplicación la representación de la demandante al amparo de lo preceptuado en el art. 193 b) de la LRJS para que se supriman los hechos probados noveno, décimo, undécimo, decimotercero, decimoquinto y decimoséptimo, por entender que no tienen vinculación con el fallo de la sentencia.

Esta Sala tiene dicho respecto a los hechos probados: "los requisitos que se exigen para la pretendida revisión son los que siguen:

- a) La concreción exacta del que haya de ser objeto de revisión.
- b) La precisión del sentido en que ha de ser revisado; es decir si hay que adicionar, suprimir o modificar algo. En cualquier caso, y por principio, se requiere que la revisión tenga trascendencia o relevancia para provocar la alteración del fallo de la sentencia.
- c) La manifestación clara de la redacción que debe darse al hecho probado, cuando el sentido de la revisión no sea la de su supresión total.

Por lo que se refiere a la forma de instrumentalizar la revisión:

- a) Se limitan doblemente los medios que pongan en evidencia el error del Juzgador; por otra parte, porque en los diversos medios probatorios existentes únicamente puede acudir a la prueba documental, sea ésta privada -siempre que tenga carácter indubitado- o pública, y a la prueba pericial; por otra parte, porque tales medios de prueba, como corresponde a un recurso extraordinario, sólo pueden obtenerse de los que obran en autos.
- b) No basta con que la revisión se base en un documento o pericia, sino que es necesario señalar específicamente el documento objeto de la pretendida revisión.
- c) El error ha de evidenciarse simplemente del documento alegado en el que se demuestre su existencia, sin necesidad de que el recurrente realice conjeturas, hipótesis o razonamientos; por ello mismo se impide la



inclusión de afirmaciones, valoraciones o juicios críticos sobre la prueba practicada. Esto significa que el error ha de ser evidente; evidencia que ha de destacarse por sí misma, superando la valoración conjunta de las pruebas practicadas que haya podido realizar el juzgador a quo.

d) No pueden ser combatidos los hechos probados si éstos han sido obtenidos por el Juez del mismo documento en que la parte pretende amparar el recurso".

El motivo no puede tener favorable acogida y está destinado al fracaso puesto que han sido extraídos de la valoración de la prueba practicada por el Juzgador, sin que se desprenda error alguno así como tampoco pueden tenerse en cuenta el contenido de lo esgrimido para cada uno de los hechos cuya supresión interesa, toda vez que lo que pretende introducir con ello es una nueva valoración.

A este respecto, la sentencia del TSJ de Madrid de 8 de mayo de 2020, indica: <<... a diferencia de lo que ocurre en la apelación civil, recurso este de carácter ordinario, no existe en el proceso laboral una doble instancia que permita traer la cuestión objeto de la resolución impugnada al pleno conocimiento de un órgano superior, sino que el sistema de recursos viene inspirado, según el legislador, por el principio de doble grado jurisdiccional, [base trigésimo primera de la Ley 7/1989] lo que, por otra parte, es plenamente acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE puesto que, la doble instancia, salvo en el orden penal, no forma parte necesariamente del contenido del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, por lo que el legislador es libre a la hora de establecer y configurar los sistemas de recursos que estime oportunos y determinar los supuestos en que cada uno de ellos procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización [SS.TC 51/1982, 3/1983, 14/1983, 123/1983, 57/1985, 160/1993, entre muchas otras].

El recurso de suplicación no es por ello una segunda instancia sino un recurso extraordinario de "cognitio limitada", lo que se manifiesta especialmente en materia probatoria pues sólo puede combatirse el relato fáctico de la sentencia " a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas" [art. 193 b) LRJS] lo que significa la indicación de una prueba documental indubitada o de una pericial objetiva y convincente que por sí misma, sin necesidad de hipótesis o conjeturas -ya que la prueba indiciaria no está citada en el precepto- y sin estar contradichos por otros medios probatorios ya que el 193 b) de la L.R.J.S., veda la técnica de apreciación global o conjunta- evidencien el error del juzgador.

No puede pretender pues el recurrente la supresión de un hecho probado por entenderlo huérfano de prueba -pues eso presupone la facultad de examinarla toda, lo que incluye los elementos de convicción formados en la propia inmediatividad del juicio oral, lo que no es posible- debe indicar el sentido de la corrección de modo individualizado -pues no es el Tribunal sino la parte la que recurre- y ésta debe tener transcendencia jurídica, aunque sea extraprocésal, pues de lo contrario no se tutelaría ningún "interés" con el recurso.>>

SEGUNDO.- A tenor del apartado b) del art. 193 de la LRJS, recurre dicha parte para revisar el hecho probado segundo y se haga constar: "La trabajadora venía percibiendo un salario regulador en cómputo anual, incluyendo la prorrata de pagas extraordinarias, de 64.643,76 euros brutos (correspondientes a 177,10 euros brutos/día), según el siguiente desglose:

MES/AÑO CUANTÍA BRUTA DEVENGADA/CON DERECHO A PERCIBIR

Marzo de 2018 4.934,64

Abril de 2018 4.336,58

Mayo 2018 4.757,36

Junio 2018 4.771,80

Julio 2018 4.771,80

Agosto 2018 4.771,80

Septiembre 2018 4.771,80

Octubre 2018 4.998,82

Noviembre 2018 4.841,62

Diciembre 2018 4.841,62

Enero 2019 4.989,48

Febrero 2019 4.839,48

TOTALES 57.626,8 EUROS.

VARIABLE 4.770 EUROS.



TOTAL 64.643,76 (177,10 DIARIOS)

Se deduce de los folios 259 a 274, coincidentes en aportación al procedimiento por las partes y correspondientes a los recibos de nómina aportadas a autos de los doce últimos meses, y la cantidad de 4.770 euros de variable del folio 254, donde se observa que es la cantidad variable que la demandada tomó en consideración para computar como salario regulador y determinar la indemnización por despido objetivo que se puso a disposición, según cálculos de desglose que entregó a la propia actora en el citado folio 254."

De esta manera, dice, que el salario es incorrecto ya que la sentencia de instancia parte de una cifra de 60.419,15 euros anuales y con una puesta a disposición por el despido objetivo de 47.452,48 euros, existiendo un error ya que la suma anual percibida es la de 64.643,76 euros anuales con un salario día de 177,10 euros, por lo que la cantidad que se le tenía que haber puesto a disposición por el despido objetivo era la de 50.770,44 euros.

El motivo no puede tener acogida y está abocado al fracaso por cuanto en el texto se pretenden introducir valoraciones jurídicas predeterminantes del fallo, si bien con posterioridad se estudiará con la denuncia jurídica deducida.

TERCERO.- Al amparo del apartado b) del art. 193 de la LRJS, recurre dicha parte para adicionar al relato fáctico doce hechos probados. Expone el recurrente que atendiendo al contenido del fundamento de derecho primero, el Juez no ha valorado toda la prueba y por ello interesa, en base a los documentos que cita, se adicione unos nuevos hechos.

Comenzando con la primera de las adiciones, interesa se recoja en un nuevo hecho que sería el decimonoveno, lo siguiente: "La actora estuvo de baja por riesgo durante el embarazo y baja por maternidad desde el mes de julio del año 2017 hasta el mes de julio del año 2018 (93). La empresa contrató a la Sra. Ángeles para sustituir la baja de maternidad de la actora. La Sra. Ángeles permaneció en la compañía cuando la actora se reincorporó de su baja maternal y continuó prestando servicios también tras la amortización del puesto de trabajo de la actora por despido objetivo (folios 92 y 93 y folio 67 de autos)".

Se apoya en la transcripción de una audición que consta en las actuaciones.

El motivo no ha de tener acogida puesto que la transcripción de una audición no es hábil para poder fundamentar una revisión de hechos probados, así lo ha determinado el Tribunal Supremo en su Auto de fecha 27/07/2016 al señalar que "...ni las grabaciones, ni su transcripción, tienen la consideración de documentos a los efectos previstos en la LRJS en relación a la LEC (L.1/2000) que ha procedido a dar un tratamiento autónomo a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, diferenciándolos de la prueba documental.." citando expresamente la doctrina unificada del mismo tribunal, Sala Social STS de 16-junio-2011, rcud. 3983/2010, sentencia a la que de nuevo se refería la de la misma Sala social de fecha 26/11/2012 rcud 786/2012 para referirse a la doctrina que expone sobre tal cuestión en sus fundamentos de derecho 4º y 5º como razones para concluir que "... El recurso formulado ha de ser rechazado ya que se considera que la grabación de audio y vídeo no tiene naturaleza de prueba documental, a efectos de fundar una revisión de hechos probados, al amparo del artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral ..." que hoy sería el artículo 193b) de la LRJS.

Dicho criterio está reiterado por sentencias de los TSJ de Cataluña y País Vasco de 9 de octubre de 2019 y 18 de febrero de 2003, respectivamente.

Solicita se introduzca un nuevo hecho probado, que se correspondería con el ordinal vigésimo y con el siguiente texto: "En el mes de febrero se le ordenó al Sr. Torcuato que tenía que prescindir de una persona de su equipo, y le constriñeron el criterio de selección a los delegados responsables del producto Anoro y el territorio de afectación Tenerife, no pudiendo afectar a nadie de Las Palmas (folios 63 y siguientes). En la isla de Tenerife, para el producto Anoro, al momento de recibir el Sr. Torcuato el citado encargo, prestaban servicios a su cargo como delegados de ventas, la propia actora y tres hombres más, D. Pelayo, D. Raimundo, y D. Nazario (zonas 3 y 4) -(folios 92 y 93). El Sr. Torcuato presentó modelos alternativos para no tener que afectar a la actora, pero no le aceptaron ningún cambio que no fuera la amortización del puesto de trabajo de la actora (transcripción del audio en folios 63 y siguientes)".

Se apoya en la misma prueba anterior que, como se acaba de fundamentar, no es hábil a efectos de suplicación, por lo que el motivo está abocado al fracaso.

Interesa la adición del hecho probado vigésimo primero, con el siguiente texto: "Con carácter previo, la actora había estado adscrita a otras líneas de producto, como Relvar-EPOC a finales del año 2017 y principios del año 2018, y previamente en la Red G (productos Reval Open Triple, Avamys, Relvar Pediatría)- (folios 92 y 93)."



Se apoya en la misma prueba, por lo que tampoco puede tener acogida la pretendida revisión aparte de ser intrascendente para el fallo.

Solicita la inclusión de otro hecho probado, bajo número vigésimo segundo, con el siguiente texto: "La evolución del desempeño anual de la actora con relación al año 2017 fue la de "desempeño satisfactorio" (folio 91 de autos), y para el año 2018, en tanto que había trabajado solo medio año por su baja maternal, se le calificó sin valoración, sino haciendo referencia a "desempeño parcial". La demandada, según los folios 90 y 91, valora la evaluación del desempeño sobre tres prioridades, "Innovación", "Desempeño", y "Confianza"."

Se apoya en la misma prueba que dice que no ha sido valorada, debiéndose enlazar ello con lo que posteriormente indica sobre la fictio confessio. En este sentido, la sentencia anteriormente invocada del TSJ de Madrid, de 8 de mayo de 2020, establece: << La Ley encomienda la fijación de los hechos probados al Juez "a quo" (art. 97.2 L.R.J.S.) en coherencia con la circunstancia de que ante él se practican las pruebas y que en él se residencian competencias heurísticas para indagar la verdad material sin sujeción o con sujeción relativa a la actividad de las partes art. 88, 92.1, 93.2, 95, etc. LRJS).

Además, se ha hecho uso por la iudex a quo de la "ficta confessio", conforme al art. 91.2 LRJS, pues es una facultad discrecional del juzgador tener o no por confeso, según entienda que la restante prueba practicada le ofrece o no elementos de juicio suficientes para formar su convicción sobre los hechos constitutivos, impositivos o extintivos, determinantes del proceso que ha de fallar, como establecieron las SSTs de 9 de junio de 1988 y 25 de marzo de 1991. A lo que cabe añadir la posibilidad de hacer uso por el Juez de instancia de la "ficta documentatio", disponiendo el art. 94.2 LRJS "los documentos y otros medios de obtener certeza sobre hechos relevantes que se encuentren en poder de las partes deberán aportarse al proceso si hubieran sido propuestos como medio de prueba por la parte contraria y admitida ésta por el juez o tribunal o cuando éste haya requerido su aportación. Si no se presentaren sin causa justificada, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada". El deber de exhibición documental entre partes viene establecido en el art. 94.2 LRJS en armonía con el 328 LEC: Cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba. Y si no se presentaren sin causa justificada, en virtud del principio de paridad procesal entre partes, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada, lo que es tanto como afirmar que el precepto faculta pero no obliga a la ficta documentatio.

En suma, la valoración de la prueba es facultad atribuida al juez de instancia y no es revisable en el recurso extraordinario de suplicación salvo en el extremo caso de que aquel hubiera incurrido en inferencias arbitrarias o irracionales. La doctrina constitucional (STC 44/1989, de 20 de febrero) tiene señalado que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, por ser facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Y esta libertad del órgano judicial para la libre valoración de la prueba, implica, como también señala la misma doctrina que pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas (por todas, SSTC 175/85, de 15 de Febrero; 141/2001, de 18 de junio, FJ 4; 244/2005, de 10 de octubre, FJ 5, y 136/2007, de 4 de junio, FJ 2). Ahora bien, el Juez o Tribunal de instancia es soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que su libre apreciación sea razonada, exigencia que ha puesto de manifiesto la propia doctrina constitucional (STC 24/1990, de 15 de Febrero), lo cual quiere decir que la resolución judicial ha de contener el razonamiento sobre las conclusiones de hecho, a fin de que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el órgano Judicial, tal como dispone el art. 97.2 LRJS.>>

En el mismo sentido, la sentencia de esta Sala de 11 de febrero de 2020.

CUARTO.- Continuando con el examen del relato fáctico, solicita la adición de otro hecho probado bajo número vigésimo tercero, con el texto que propone: "En fecha 29 de marzo de 2019 se cita a la actora para que devuelva los bienes de la compañía (herramientas de trabajo), y se reúnen: la actora, el testigo que ha depuesto en el acto de la vista oral, Sr. Torcuato (AD), Doña Flor , compañera de la actora de otra línea de actividad, y el marido de la actora, D. Cesar (Cesar). En dicha conversación, el Sr. Torcuato , superior jerárquico de la actora (testifical Sr. Torcuato), dice lo siguiente (folios 63 y siguientes, grabación y transcripción de la grabación):

"Lo que no voy a poder hacer es hablar sobre todo el proceso y sobre todas las indicaciones y pautas que se me han dado para tomar la decisión final. Porque hay parte de información que es confidencial y parte de información que es la empresa"

" Nazario , las mismas que te he dado a ti. He tenido que tomar una decisión en base a un proyecto que tenemos ahora. A un proyecto futuro y en base a una serie de criterios."



- "No podía seleccionar a nadie de Las Palmas. Las Palmas, como le expliqué el otro día, está ajustada ya. Se fue Jacobo a Madrid y María Angeles pasó a cubrir su sitio. Un delegado mío pasó al de María Angeles. Pasé otra delegada mía al equipo de María Angeles, y por eso no ha hecho falta. yo no podía volver a echar a alguien de Las Palmas, porque si no, tendría que haberle dicho a Valentina que tenía que haberse ido a vivir a Las Palmas, por ejemplo"

(Cesar : "Bueno, pues a lo mejor habría sido viable para ella")

- Torcuato : "No, pero es que eso no se me permitió. Tampoco se me permitió. Te puedo asegurar que modelos de equipo y modelos de negocio, mixtos, no mixtos, mixtos de productos, mixtos de especialidades, de todo, presenté, para no tener que llegar a ese puesto. De todo"

- Torcuato : "Mira, Nazario, para que entiendas un poco. Yo no he podido tomar la decisión de quién me tengo que quitar, sino he tenido que hacer, valorando un montón de criterios, he tenido que hacer una especie de ranking, de este va primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, y dependiendo de un montón de factores que tenía que tener en cuenta, ¿vale? Y, al final, decidir, de las personas que mejor puntuación habían tenido, este ha sido el primero, este el segundo, tercero, cuarto y quinto. Y Valentina quedó en la última parte, y por eso. tuve que decidir al final, no a quién descartaba, sino con quién me quedaba"

- Con lo cual, yo la considero una excelente profesional y me ha tocado la putada de tener que hacer una selección en un equipo, con unas determinadas premisas, con un determinado proceso de selección, con unas determinadas zonas que tengo que trabajar y le ha tocado a ella.

- "Que estuve a esto, a esto, de renunciar a mi puesto"

- El haber estado más tiempo no me garantiza nada porque dice, `queremos frescura, queremos no se qué, y que se quede la chica nueva.` Pues ya está

- (.) te hablo de la injusticia que es todo esto.

- `una putada, he tenido que quitarme a una de las mejores delegadas que tengo. Una putada`

- ".como la tengamos de competencia nos va a crujiir.""

Se apoya en la transcripción de la conversación telefónica. Dicho motivo tampoco puede prosperar por las razones anteriormente dichas.

Interesa la adición de otro hecho probado bajo número vigésimo cuarto, donde pretende introducir el texto del Convenio Colectivo.

El motivo también está abocado al fracaso por cuanto un convenio colectivo no es hábil a efectos de que se pueda llevar a cabo la revisión pretendida, según tiene establecido reiteradamente esta Sala y la doctrina.

Solicita otra adición bajo número de ordinal vigésimo quinto, con el siguiente texto: "Tras la extinción de la actora en fecha 1 de abril de 2019, la línea de producto y equipo de trabajo del Sr. Torcuato permaneció en 4 personas para la zona de Tenerife y producto, compuesto por cuatro hombres (folio 92, últimos dos cuadros de la página; desde marzo de 2019)."

Se apoya en dicho documento del folio 92. Dicho motivo no puede ser acogido al no haberse explicado, aunque sea sucintamente, la trascendencia para los designios del fallo.

Interesa la adición de otro hecho probado, que sería el vigésimo sexto, en donde se pretende introducir las cuentas anuales de la Empresa para los años 2015, 2016, 2017 y 2018.

La revisión es intrascendente para el fallo dado que el despido operado no es por causas económicas y a la indicación de que la prueba en sí, tanto ésta como el resto, no ha sido valorada, ha de indicarse que una cosa es que el Juzgador no haya recogido en el relato fáctico lo que interesa ahora el recurrente y, otra, que haya total ausencia de valoración puesto que ésta se ha llevado a cabo por el Juez tanto las documentales como testificales. Pero se vuelve a insistir que para eso tiene el recurrente la posibilidad de solicitar la revisión en base a documentales y periciales conforme al art. 193 de la LRJS, que es lo que ha hecho. Si efectivamente hubiese observado que se le ha causado indefensión, podría haber instado la nulidad conforme al apartado a) del referido artículo 193 de la ley procedimental antedicha.

QUINTO.- Continuando con la revisión pretendida, se interesa la adición del hecho probado vigésimo séptimo con el siguiente texto: "La demandada no ha aportado prueba que ratifique las causas de despido objetivo consignadas en la carta de despido de la actora, y ni siquiera hubo una ratificación de las mismas en fase de alegaciones (valoración conjunta de la prueba). La demandada, incluso, ha reconocido expresamente la



improcedencia del despido al momento de comunicar y preavisar la extinción del vínculo contractual de la actora, en tanto que se le dieron instrucciones de cómo proceder a reclamar ante el SEMAC, se le anotaron los criterios de cálculo del despido improcedente y se conminó la entrega de una carta de recomendación a una firma con acuerdo ante el SEMAC (folios 63 y siguientes, grabación de audio y transcripción, folios 254 y siguientes). Por último, la propia demandada reconoce el adeudo de los importes correspondientes a la improcedencia del despido en tanto que se incluye tal extremo en la liquidación de haberes de fecha 1 de abril de 2019, y se da el tratamiento de los 20 días de salario como "anticipo" (folio 83)."

El motivo no puede acogerse puesto que en el mismo se introducen una serie de valoraciones que no puede efectuarse de esa forma, siendo, por otro lado, predeterminante del fallo.

Interesa la adición del hecho probado vigésimo octavo, proponiendo como texto alternativo: "El criterio de selección de la trabajadora no se ha explicado por la demandada, ni se ha aportado prueba objetiva pese a ser requerida por la parte actora y acordada por el Juzgado en múltiples ocasiones. Ello hace que se dé por probado, vía ficta confessio, como solicita la demandante, que la actora, en los niveles de facturación del producto (Anoro) y zona territorial (Tenerife), no era objetivamente la peor del equipo. No se ha justificado por la demandada tampoco qué otros criterios objetivos, en su caso, se pudieron tener en cuenta para seleccionar a la actora en lugar de a los otros tres compañeros varones de territorio y producto. La documentación solicitada y acordada sobre la que se aplica la ficta confessio es expresamente la reseñada como "LISTADOS DE PRODUCTOS OBJETO DE PROMOCIÓN ASIGNADO A CADA UNO DE LOS VISITADORES MÉDICOS DE CANARIAS DESDE EL AÑO 2010, CON DETALLE ANUAL DE LA EVOLUCIÓN DE VENTAS DE CADA UNO DE ELLOS (PORCENTUALMENTE, NO SIENDO NECESARIO DETALLES REALES QUE PUDIEREN SER OBJETO DE PROTECCIÓN Y SECRETO INDUSTRIAL)".

Ello se deduce de los folios 12 -otrosí de la demanda-, de la providencia de fecha 17 de mayo de 2019 y Auto de 23 de julio de 2019 (folios 30 y 31), de las alegaciones de la actora de fecha 21 de noviembre de 2019, del acta de suspensión de fecha 2 de diciembre de 2019 -folio 49-, de las alegaciones de la demandada que obran al folio 51, de la comparecencia de fecha 5 de febrero de 2020, y documental que se adjunta junto a escrito de alegaciones de fecha 4 de febrero de 2020 y de la propia prueba de la demandada aportada a la vista oral en su conjunto."

El sentido de la redacción propuesta no es acertado aparte de que la ficta confessio corresponde al Juzgador de instancia sin posibilidad de plantearlo en esta segunda instancia, dado que nos encontramos ante un recurso de naturaleza extraordinaria, casi cuasacional, siendo el Juzgador, por otro lado, libre a la hora de aplicar la misma o la ficta documentatio tal y como luego se indicará, cuando se examine la denuncia jurídica efectuada en el escrito.

Solicita la adición del hecho probado vigésimo noveno, con el siguiente texto: "La remuneración de un trabajador en el sector farmacéutico empezando ex novo en una compañía es muy inferior al salario que tenía la actora al momento de ser despedida (folio 69, minuto 40:00 y ss de la grabación del audio)."

Se apoya en la transcripción de la grabación.

El motivo no puede tener éxito y está destinado al fracaso al igual que los anteriores y por las razones expuestas en aquellas revisiones en que se apoyaban en este mismo documento.

Por último, solicita la adición del hecho probado bajo ordinal trigésimo, en donde se recogen las cantidades que, a su juicio, se le adeudan, proponiendo como texto el siguiente: "A la vista de la prueba practicada, a la actora se le adeuda la cantidad de 7.352,99 euros brutos, que al momento de extinción de la relación laboral no le fueron liquidados. Dicho importe corresponde al siguiente desglose:

. 1.115 euros brutos correspondientes al 25% de la cantidad debida por el "plan de bonus", bonificación por ventas, RX (Cantidad), del año 2019, cuyo devengo se ha frustrado por arbitrio de la demandada (allanamiento en fase de alegaciones).

. Los 31 días del mes de marzo implican una cantidad de: 5.490,10 euros brutos. Se deben íntegros, no se abonaron, ni constan en la documentación, ni siquiera se elaboró nómina (ausencia de nómina del mes de marzo y ausencia de justificante de pago).

. Los 8 días de vacaciones devengadas y no disfrutadas de 2019: corresponden a 1.416,8 euros brutos, y se abonaron en la liquidación 1.176,07 euros brutos, y por lo tanto se adeuda la cantidad de 240,73 euros de vacaciones (folio 83, y folios 309 y 310).

. 3 días falta de preaviso: corresponden 531,3 euros brutos, y se abonaron 143,74 euros brutos, lo que hace una diferencia todavía debida de 387,56 euros (folio 83 y 309 y 310).



. Por su parte, el día del mes de abril se abonó a razón de 57,5 euros, y debió percibir la cantidad de 177,10. Se adeuda la cantidad de 119,60 euros brutos (folio 83, y folios 309 y 310)."

El motivo no ha de tener acogida y está abocado al fracaso porque se introducen en dicho texto valoraciones predeterminantes del fallo.

SEXTO.- En vía de censura jurídica y al amparo de lo preceptuado en el art. 193 c) de la LRJS, recurre la indicada representación por infracción del art. 26.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores y jurisprudencia que menciona al efecto.

Entiende el recurrente que se han excluido del salario los conceptos relativos al seguro médico y al plan de previsión. Expone que por ello se tuvo que poner a disposición de la demandante la suma de 50.770,44 euros y no los 45.448,66 euros.

Esta Sala, en sentencia de 20 de abril de 2018, ha indicado lo siguiente: << ... hemos de decir que por salario se ha de entender, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 párrafo 1º del Estatuto de los trabajadores, la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo.

Dicho concepto unitario se descompone a su vez en:

a) Salario base, que es la parte de retribución ligada, en forma global y abstracta, a la prestación laboral del trabajador sin referencia alguna a las circunstancias en que tal prestación se realiza, como no sea la de unidad de tiempo (jornada) o unidad de obra (Sagardoy Bengoechea, del Valle Villar y Gil y Gil, "Prontuario de derecho del Trabajo"), el cual al ser de naturaleza esencial tiene que existir necesariamente.

b) Complementos salariales, los cuales son un elemento accidental, pero de existir han de responder a una causa y se han de reconducir por alguno de los conceptos a que se refiere el apartado 3º del artículo 26 del Estatuto de los trabajadores, que son:

las condiciones personales del trabajador, naciendo el derecho al complemento en atención a las cualificaciones profesionales que el propio trabajador posee;

la naturaleza del trabajo realizado, siendo percibidos por el trabajador por razón de las características del puesto de trabajo o de la forma de realizar su actividad profesional;

la situación y resultados de la empresa, los cuales están en función de la evolución económica de la empresa o del cumplimiento de objetivos prefijados.

Sobre la estructura del salario cabe afirmar que es de carácter cerrado, en el sentido de que todo complemento o partida que se añada al salario base ha de tener su causa en los tres conceptos antes expuestos.

Por otra parte, el párrafo 2º del referido artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores excluye del concepto jurídico de salario:

las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral;

las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social;

las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.

El núcleo definidor de las indemnizaciones o suplidos (que es el concepto que ahora nos interesa) es su carácter compensatorio de un gasto realizado por el trabajador, pues con ellos no se está retribuyendo su trabajo sino que se le están compensando unos gastos sufragados inicialmente por el trabajador para poder acudir al lugar de trabajo o poder realizar éste.

El salario en especie es la retribución consistente en una prestación distinta del dinero, que ha de tener una traducción económica para satisfacer las necesidades del trabajador y su familia, quedando excluidos del mismo los bienes que proporcione la empresa al trabajador para el estricto cumplimiento de la prestación laboral.

Ciertamente es pacífica la jurisprudencia que señala que los seguros de vida, seguros médicos y planes de pensiones concertados por la empresa en favor de sus empleados constituyen mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, que quedan comprendidas en las exclusiones salariales del artículo 26 párrafo 2º del Estatuto de los Trabajadores y que, como tales devengos extrasalariales no se cotiza por ellos, puesto que su fin es el de mejorar el sistema de protección ordinario. Pero la cualidad de mejora voluntaria de la Seguridad Social que puede atribuirse a los seguros de vida, seguros médicos y planes de jubilación y



pensiones únicamente puede predicarse de las prestaciones obtenibles en su día en virtud de los respectivos aseguramientos, pero no asignarse a las correspondientes primas, que son salario en especie.

Por ello, el módulo salarial computable a efectos de determinar la indemnización por despido incluye todas las partidas de naturaleza salarial que lo integran, excluyendo los conceptos extrasalariales, de forma que han de tenerse en cuenta, entre otras partidas, las aportaciones a un plan de pensiones que también han de ser computadas para calcular la indemnización (sentencia del Tribunal Supremo de 3 mayo de 2017, en la que textualmente se viene a decir lo siguiente:

"a).- Ninguna duda cabe que el abono del seguro deriva de la existencia de la relación laboral y es una contrapartida a las obligaciones del trabajador.

b).- Se hace difícil considerar que el citado seguro constituya uno de los supuestos de exclusión del apartado 2 del citado art. 26 ET, pues aun cuando se llegara a aceptar su naturaleza de mejora de la Seguridad Social -para lo cual habría de analizarse si, efectivamente, mediante el indicado seguro se estaría mejorando directamente prestaciones del RGSS-, aun en ese supuesto «lo que podría quedar excluido del concepto de salario sería, con arreglo a la norma legal, la obtención de las ulteriores prestaciones o indemnizaciones derivadas de aquel beneficio de origen contractual, pues es a éstas a las que expresamente se refiere el mencionado precepto».

c).- Finalmente, la conclusión viene corroborada por la calificación fiscal del seguro como retribución en especie, únicamente excluible -a efectos fiscales- respecto de las primas o cuotas relativas a accidente laboral o de responsabilidad civil del trabajador y para la cobertura de enfermedad, cuando no excedan de 500 € anuales (art. 42.2 Ley 35/2006).

3.- Reiteramos tal doctrina, añadiendo que el art. 26.1 ET contiene una regla general al prescribir que «se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo». Y de este precepto se deduce:

a).- Que el mandato contiene una presunción iuris tantum de que todo lo que recibe el trabajador del empresario le es debido en concepto de salario, y que puede ser desvirtuada, o bien mediante la prueba de que la cantidad abonada obedece a alguna de las razones que enumera el art. 26.2; o bien acreditando que su abono está establecido con tal carácter indemnizatorio en una norma paccionada (SSTS 12/02/85 Ar. 536; y 24/01/03 -rcud 804/02-).

b).- Que por ello el salario tiene -como la doctrina sostiene- carácter totalizador, en tanto que reviste cualidad salarial todo lo que el trabajador recibe por la prestación de servicios, con independencia de su denominación formal (se llame o no salario), de su composición (conste de una o varias partidas), de su procedimiento o periodo de cálculo (a tanto alzado, por actos de trabajo, etc), o por la cualidad del tiempo al que se refiera (trabajo efectivo o descanso computable como tal).

c).- Que en concreto, la posible cualidad de mejora voluntaria de la Seguridad Social que ciertamente puede atribuirse a los tres conceptos en liza (seguro de vida; seguro médico; plan de Jubilación) únicamente puede predicarse de las prestaciones obtenibles a virtud de los correspondientes aseguramientos, pero no asignarse a las correspondientes primas, que son salario en especie del que el trabajador hipotéticamente puede beneficiarse y ya -entonces- de forma extrasalarial, como efectivamente lo muestra el art. 42.6 de la Ley de IRPF (Ley 36/2006, de 28/Noviembre), que trata como «renta en especie» a las «primas o cuotas satisfechas» por las partidas retributivas de que tratamos («b) Las primas o cuotas satisfechas por la empresa en virtud de contrato de seguro de accidente laboral o de responsabilidad civil del trabajador»; «... c) Las primas o cuotas satisfechas a entidades aseguradoras para la cobertura de enfermedad, cuando se cumplan los siguientes requisitos y límites»), y no -lógicamente- a las prestaciones obtenibles tras producirse el riesgo asegurado y precisamente en función de las referidas primas o cuotas.

4.- Por otra parte rechazamos el alegato recurrente de que este último es un argumento de índole fiscal no extrapolable al orden laboral. Y ello por dos razones:

a).- Hemos mantenido que no procede «el trasvase incondicionado de normas de una parcela del derecho para ser aplicadas en otra diferente... (pues) cada campo del ordenamiento jurídico... se disciplina por sus normas propias, que responden a principios y finalidades específicas de cada esfera del derecho, así es que el criterio interpretativo que atiende al espíritu y finalidad de la norma adquiere en este caso una especial dimensión, y precisamente por esa razón hay que cuestionar de entrada la aplicación al caso de la normativa tributaria, de manera absoluta e incondicionada» (SSTS 31/05/99 -rcud 1581/98-; y 16/07/14 -rcud 2387/13 -, en orden al concepto de «renta» a efectos de desempleo). Pero esta misma doctrina parte de la base de que «el ordenamiento jurídico forma un todo unitario y pleno, sin lagunas insalvables, porque siempre será posible



acudir al procedimiento analógico, cuando se den las condiciones previstas en el artículo 4 del Código Civil, y a los principios generales del derecho para colmar esos vacíos». Ello sin contar con que en alguna ocasión expresamente hemos admitido ese trasvase de conceptos, por descartar factores -finalísticos, obviamente- que excluyesen la integración analógica (así, STS 28/10/09 -rcud 3354/08) -, para determinar los ingresos computables también a efectos de prestaciones por desempleo).

b).- Más específicamente, esa misma unicidad del Derecho la hemos mantenido en supuesto similar al de autos, precisamente a propósito de la determinación de la naturaleza jurídica atribuible a otro concepto retributivo -derechos de imagen de un Futbolista-, afirmando que «aun manteniendo la autonomía propia del Derecho Tributario y del Derecho del Trabajo, no puedan desconocerse los eventuales puntos de conexión que permite mantener la unidad del Ordenamiento jurídico», cuya coherencia interna comporta que «aun cuando el legislador lleve a cabo de forma autónoma la definición de los conceptos sobre los que se asienten las normas de cada una de tales ramas del Derecho, habrá que preservar unos mínimos de congruencia y coherencia interna de todo el Ordenamiento» (STS 26/11/12 -rcud 4301/11).

c).- Pero sobre todo es de tener en cuenta que en el presente caso no es que apliquemos una normativa de índole fiscal para atribuir carácter salarial a unos determinados conceptos cuya naturaleza jurídica se nos hubiese presentado dudosamente tipificable, sino que utilizamos la legislación tributaria -el art. 42.6 Ley IRPF - para tan sólo corroborar una conclusión que nos viene impuesta con toda claridad por consideraciones estrictamente laborales, y más en concreto por los inequívocos mandatos del art. 26 ET".

Partiendo de tal doctrina y teniendo en cuenta que la empresa " DIRECCION002 " abona a la Sra. Milagrosa un plan de pensiones por importe de 68,88 € mensuales (hecho probado octavo), esta Sala necesariamente ha de concluir que dicha cantidad, que venía percibiendo la actora mes a mes hasta el momento de ser cesada en su puesto de trabajo, ha de ser considerada salario en especie y ha de ser incluida en el módulo salarial computable a efectos de determinar la indemnización por despido.

En atención a lo anteriormente expuesto, como quiera que la Magistrada de instancia no lo ha entendido en el mismo sentido, procede la estimación del primer motivo de censura jurídica.>>

Por su parte, las sentencias del TSJ de Extremadura de 10 de diciembre de 2019 y 16 de enero de 2020, recogen lo siguiente: <<Tampoco es razón que impida aplicar la doctrina fijada en la STS que se cita en el motivo que en ella se tratara de un "plan de jubilación" y aquí de un plan de pensiones pues a estos efectos la naturaleza del concepto es la misma, se trata de una aportación que hace la empresa por el trabajo que le presta el trabajador y las diferencias entre ambos es de naturaleza fiscal y de la forma en que se pueden realizar, lo cual no supone ninguna que justifique un tratamiento distinto a la hora de considerarla o no salario pues también, "deriva de la existencia de la relación laboral y es una contrapartida a las obligaciones del trabajador", como dice el Alto Tribunal, que añade "la posible cualidad de mejora voluntaria de la Seguridad Social que ciertamente puede atribuirse a los tres conceptos en liza (seguro de vida; seguro médico; plan de Jubilación) únicamente puede predicarse de las prestaciones obtenibles a virtud de los correspondientes aseguramientos, pero no asignarse a las correspondientes primas, que son salario en especie del que el trabajador hipotéticamente puede beneficiarse", lo cual es igualmente predicable del concepto de que aquí se trata. Igualmente, no es diferencia que impida la aplicación de la doctrina que en la sentencia del TS se tratara de una indemnización por despido pues es claro que lo que en ella se resuelve es que los conceptos que contemplaba son salariales y de ello se deriva que deban considerarse así a todos los efectos, se trate de un despido, de una extinción por movilidad geográfica o para cualquier otro efecto derivado del contrato de trabajo.>>

SÉPTIMO.- Por el cauce del apartado c) del art. 193 de la LRJS, recurre dicha parte por infracción del art. 53.1b) del Estatuto de los Trabajadores y jurisprudencia respecto del error inexcusable por la puesta a disposición de la indemnización de una forma no correcta.

El recurrente entiende que la cantidad puesta a disposición de la demandante por el despido objetivo no es la correcta y, por ello, el despido ha de ser improcedente.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de febrero de 2020, recoge lo siguiente: <<1.- Resta, pues, por analizar las consecuencias que, sobre la calificación del despido, debe acarrear dicha actuación empresarial, lo que nos lleva al análisis de la naturaleza del error en el cálculo.

Esta Sala ha aplicado a los despidos por causas objetivas la jurisprudencia sobre la existencia o no de un error excusable para declarar que la cuestión exige un análisis específico de las circunstancias concretas que en cada caso se producen; mas, aquilatando algunos criterios. Así, hemos sostenido que la escasa cuantía de la diferencia puede considerarse un error excusable siempre y cuando estemos ante supuestos en que la operación aritmética no llevaba aparejadas complejidades de índole jurídica. Mas también hemos señalado que el error es inexcusable cuando la empresa no tiene justificación porque podía fácilmente desvanecer la



duda, pues podía haber evitado la diferencia con una mayor diligencia y excluyendo toda malicia (STS/4ª de 17 diciembre 2009 -rcud. 957/2009-, 21 julio 2015 -rcud. 2366/2014-, 22 julio 2015 -rcud. 2393/2014-, 23 julio 2015 -rcud. 2219/2014- y 30 junio 2016 -rcud. 2990/2014-). "En suma, ni todo error jurídico es necesariamente constitutivo de error inexcusable, ni toda diferencia de escasa entidad aboca a la consideración del error como excusable" (STS/4ª de 14 marzo 2018 -rcud. 801/2016-).

2.- En el presente caso la empresa no podía excluir la inclusión de conceptos de naturaleza salarial como los aquí controvertidos, aun cuando el trabajador los percibiera en especie por tratarse de beneficios que eran abonados directamente por la empresa. No puede obviarse que, en todo caso, estamos ante la misma empresa y tipología de contratos de trabajo sobre los que en la fecha del despido del actor ya se había pronunciado esta Sala en dos ocasiones, lo que abunda en la absoluta inexcusabilidad de la errónea puesta a disposición de la indemnización al aquí demandante.>>

A la vista de la doctrina y jurisprudencia expuesta, nos encontramos que lo que se discute es si el salario, tal y como lo ha determinado el Juzgador, quien excluye el seguro médico y el plan de previsión, conforme indica en el fundamento de derecho primero, es correcto o no.

A la vista de las resoluciones que se han recogido con anterioridad, ha de ser incluido tanto el seguro médico como el plan de previsión, pues así lo viene recogiendo el Tribunal Supremo y esta Sala, tal y como se indicó siguiendo la jurisprudencia sentada ya desde la sentencia de 2 de octubre de 2013 y reiterada por la reciente de 3 de mayo de 2017. Es evidente que conforme a ello y siguiendo también la jurisprudencia reseñada, no puede predicarse que el error en la puesta a disposición del trabajador de la indemnización correspondiente al despido objeto sea un error excusable.

La indemnización que se pusiera a disposición del demandante ascendía a 45.448,66 euros, teniendo en cuenta que la Empresa tendría que haberle puesto a disposición la suma de 49.689,75 euros. Hay que precisar que no se procedió a reformar el hecho probado relativo al salario por introducir conceptos jurídicos como eran los relativos al plus de previsión y al seguro médico, y tal y como hemos visto, los mismos forman parte del salario, de manera que incluyendo todos los conceptos, el salario anual total ascendería a 63.639,15 euros, siendo el salario/día 174,35 euros

Conforme a ello, la indemnización debida por despido objetivo sería la de 49.689,75 euros y en relación con la suma que se le pusiera a disposición, recogida en el hecho probado cuarto y a la que se hizo referencia con anterioridad, habría una diferencia de 4.241,09 euros.

Teniendo en cuenta tal situación y dado que la cantidad que se le puso a disposición del trabajador no es la correcta y que la diferencia habida entre una y otra con la inclusión de los conceptos que refiere el recurrente no es una suma insignificante, hemos de llegar a la conclusión que el error de la Empresa al no incluir esos conceptos no puede ser considerado de excusable, por lo que irremediablemente ello aboca en que haya de declararse la improcedencia del despido por haberse infringido el precepto deducido por el recurrente, determinándose con posterioridad la indemnización correspondiente.

OCTAVO.- A tenor de lo preceptuado en el art. 193 c) de la LRJS, recurre dicha parte por infracción del art. 53 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 122 de la LRJS.

En cuanto al reconocimiento de la improcedencia que dice la recurrente que asiente la parte demandada, no hay constancia de ello en la sentencia de instancia. Una cosa es la entrega de la carta, la puesta a disposición de la indemnización y la liquidación efectuada y otra, que exista tal reconocimiento puesto que ni en los antecedentes de hecho ni a lo largo del resto de la sentencia, hoy objeto de estudio, se recoge tal aserto.

En cuanto a que la carta de despido no reúne los requisitos formales, hemos de traer a colación lo que esta Sala tiene indicado respecto a este tema en su sentencia de 7 de marzo de 2019: <<El art. 55 del ET establece que el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos.

La jurisprudencia interpretando este precepto indica que aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquéllos, sí se exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y esta finalidad no se cumple, cuando la comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador (STS de 17 de diciembre de 1985, 11 de marzo de 1986, 20 de octubre 1987 y 19 de enero, 8 febrero y 3 de octubre de 1988, 22 de octubre, 13 de diciembre de 1990, 9 de diciembre de 1998 y 21 de mayo de 2008).



Nuevamente la STS de 12 de marzo de 2013, con cita de las Sentencias de 28 de abril de 1997 y 30 de septiembre de 2010 reitera que aunque no se impone una pormenorizada descripción de los incumplimientos que motivan el despido, "sí se exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa"; finalidad que no se cumple "cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador». La aplicación de esta doctrina al presente caso lleva a la conclusión desestimatoria que ya se ha anticipado. La carta de despido, con la excepción que se mencionará más adelante, no contiene hechos, sino reproches genéricos -acoso, insultos, amenazas y descalificaciones- que no se concretan en orden a su contenido y circunstancias, salvo la imprecisa referencia a que tales conductas se habían producido "últimamente". Esta indeterminación en el contenido hace imposible organizar una defensa eficaz frente a estas imputaciones e incluso valorar la gravedad de las mismas y lo mismo sucede en relación con la determinación temporal que impide además la eventual alegación de la prescripción. Es cierto que puede afirmarse, como alega la parte recurrida, que lo que se reprocha es una conducta continuada, pero incluso en este caso la determinación temporal es, en la medida de lo posible, como dice la sentencia de 20 de marzo de 1990, necesaria. La única imputación que tiene una cierta concreción en cuanto al contenido de la conducta reprochada se refiere al incidente del vehículo, pero también hay en ella indeterminación temporal, de frecuencia y de lugar, aparte de cierta imprecisión ("perseguirles", que luego en el relato fáctico se convierte en "circular delante intentando provocar una colisión"). Por otra parte, el hecho de que el actor en sus alegaciones en el expediente negara los hechos imputados, no determina que los conociera, pues se trata de una negación que hay que considerar tan genérica como la imputación. Lo mismo cabe decir del argumento que señala que, al haberse acreditado los hechos, el actor los conocía y pudo articular su defensa frente a ellos, pues, como ya dijo la sentencia de 28 de abril 1997, se trata de un "razonamiento circular que envuelve una petición de principio y elimina la garantía del conocimiento concreto de las imputaciones por el trabajador", limitando su defensa y "consagrando un resultado obtenido a partir de una situación de desigualdad de información en el proceso". "sí se exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa"; finalidad que no se cumple "cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador".>>

Ya establece la doctrina y la jurisprudencia que no es preciso hacer un análisis pormenorizado de lo ocurrido sino que basta con exponer los hechos para que el trabajador tenga conocimiento de lo acaecido, observando que la carta entregada se ajusta a los requisitos exigidos por la doctrina, teniendo pleno conocimiento la recurrente de lo que se le comunicaba y sin que la misma le haya causado la indefensión que postula, por lo que el motivo ha de decaer.

NOVENO.- Con apoyo en el apartado c) del art. 193 de la LRJS, recurre dicha parte por infracción del art. 15 del Convenio Colectivo General de Industria Química por entender que se ha obviado el trámite previsto en el mismo y que, por ello, es despido improcedente.

El art. 15 de dicho Convenio Colectivo establece: "1.- (.) las empresas fijarán las previsiones y objetivos de plantilla para el año siguiente en relación con los objetivos de producción y ventas, su prevista evolución a lo largo del año, la situación del mercado, las inversiones a realizar, las innovaciones tecnológicas, los planes de formación y promoción, los posibles proyectos de rejuvenecimiento de plantillas, etc. Tales previsiones y objetivos serán presentados por escrito a los representantes de los trabajadores, que formularán su posición al respecto.

2.- Situaciones de crisis.

Las empresas afectadas por el presente Convenio Colectivo darán prioridad en los procesos de reajuste de plantilla a los procesos de movilidad interna y externa (traslados/desplazamientos), así como a asumir los cambios organizativos y de flexibilidad, especialmente los regulados en los artículos 43 y 44 en cuanto a la utilización de la bolsa de horas flexibles, que permitan un adecuado aprovechamiento de los recursos existentes. En todo caso, las opciones señaladas serán objeto de negociación con los representantes legales de los trabajadores.

Esta información se facilitará con la antelación suficiente y necesaria que permita el estudio y, en su caso, la emisión de informe por parte de los representantes de los trabajadores".



La parte demandada no ha acreditado que se haya puesto en conocimiento de la representación legal de los trabajadores la amortización del puesto de trabajo de la actora, ni que su extinción estuviera prevista en un plan de previsión de salidas, ni que hubiera medidas alternativas de flexibilidad laboral que permitieran no amortizar el puesto de trabajo (hecho negativo)."

El motivo no puede alcanzar éxito al no haber constancia en el relato fáctico de la existencia de representantes de los trabajadores pero, en todo caso, sí consta, a través de prueba documental, que a la actora le fue ofrecida una reubicación en la Empresa, sin que sea necesaria a sensu contrario un plan de información en los términos expuestos a los representantes porque no se acredita la existencia de los mismos y sí, por el contrario, hay acreditación del envío de emails con el ofrecimiento de plazas por parte de D^a Custodia en representación de la Empresa, y otro, de D. Fernando en donde se le indica que de aceptar el traslado tendría que devolver la indemnización y firmar un anexo al contrato sobre su nueva zona de trabajo.

DÉCIMO.- Por el cauce del apartado c) del art. 193 de la LRJS, recurre dicha parte por infracción de los arts. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 122.2 de la LRJS y arts. 10, 14 y 15 de la Constitución Española y la no aplicación de la doctrina de la fictio confessio relacionada con el art. 94.2 de la ley procedimental laboral.

Considera la recurrente que estamos ante un despido nulo al haberse vulnerado los preceptos que refiere de la Constitución Española en el sentido que se ha vulnerado el principio de igualdad y no discriminación (sexo y edad), integridad moral, dignidad personal, art. 24. Entiende que el criterio de selección para amortizar su puesto obedece al hecho de ser mujer, ser la trabajadora de mayor edad en Santa Cruz de Tenerife, así como la existencia de una represalia por ejercer un derecho legítimo como era el de maternidad.

Respecto al derecho de indemnidad, esta Sala tiene recogido en muchas resoluciones: <<Conviene recordar la doctrina sobre la garantía de indemnidad, con la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de julio de 1999, que la resume: "En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (SSTC 7/1993, 14/1993, 54/1995). En este ámbito la prohibición del despido también se desprende del artículo 5 e) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España (BOE de 29 de junio de 1985), que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo "el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes". Y, más concretamente, como razonara la STC 14/1993, la garantía de indemnidad que otorga el artículo 24.1 CE se extiende asimismo a los actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, pues de otro modo se dificultaría la plena efectividad del derecho. Si se rechazara que los trámites previos estén provistos del amparo constitucional que deriva de ese derecho, quien pretendiese impedir o dificultar el ejercicio de una acción en la vía judicial tendría el camino abierto, pues para reaccionar frente a ese ejercicio legítimo del derecho a la acción judicial por parte del trabajador le bastaría al empresario con actuar en el momento previo al planteamiento de ésta".>>

Asimismo, esta Sala tiene indicado respecto a la tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad: <<Tal como ha establecido la doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras en Sentencia 14/93 de 18 de enero, 197/98 de 13 de octubre, 140/99 de 22 de julio, 168/99 de 27 de septiembre, 198/01 de 4 de octubre y 55/04 de 19 de abril "la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario.

El derecho a la tutela judicial efectiva, en consecuencia, no solo se satisface mediante la actuación de jueces y tribunales sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los ejercita.

En suma, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24.1 CE quedaría privado en lo esencial de su eficacia si la protección que confiere no incluyera las medidas que puede llegar a adoptar un empresario como reacción represiva frente a una acción judicial ejercitada por un empleado ante los Tribunales. El temor a tales medidas podría disuadir a los trabajadores de hacer valer sus derechos y, por tanto, poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la consagración constitucional de la efectividad de la tutela judicial, retrayendo a los trabajadores de hacer uso de su derecho a la protección jurisdiccional ante los órganos del Poder Judicial.



La garantía de indemnidad del art. 24.1 CE cubre, en consecuencia, todo acto procesal o preprocesal necesario para acceder a los Tribunales de Justicia; tanto, entonces, el ejercicio de la acción en sede jurisdiccional, como los actos preparatorios o previos necesarios para dicho ejercicio, pues el derecho a la tutela judicial efectiva es perfectamente compatible con el establecimiento de condicionamientos previos para el acceso a la jurisdicción. Bajo esas circunstancias, en efecto, los mencionados actos previos y obligatorios no pueden permanecer al margen del derecho fundamental de tutela judicial, ya que, de otro modo, se dificultaría la plena efectividad del derecho, resultando sencillo para quien persiga impedir u obstaculizar su ejercicio poner en práctica medidas represivas justo en el momento anterior al planteamiento de la acción.>>

UNDÉCIMO.- La sentencia de instancia no da como acreditado la nulidad del despido pues considera que no existe discriminación por razón de la edad al no aportar dato alguno, hecho sobre el cual nada se ha venido a acreditar en el recurso. Igualmente, se rechaza en la resolución de instancia la discriminación por razón de sexo y ello en base a prueba testifical al quedar acreditado que el 100% de las últimas contrataciones son mujeres, no habiéndose acreditado que se le haya despedido, por tanto, ni por ser mujer ni por razón de la edad.

Por otro lado, tampoco existe vínculo temporal entre el despido y la baja por maternidad. El art. 55.5 c) del Estatuto de los Trabajadores con la reforma introducida por Real Decreto Ley de 1 de marzo, viene a sustituir el plazo de 12 meses por el de 9 meses, de manera que teniendo en cuenta el relato fáctico, tampoco hay un vínculo temporal puesto que el hijo de la actora nace el NUM000 de 2018 y el cese se produce el 19 de marzo de 2019, es decir, cuando tiene lugar el despido, el niño tenía 1 año y 4 meses.

Por todo ello, el motivo debe ser rechazado toda vez que no hay constancia de las vulneraciones de los preceptos que refiere, ni consta una represalia por parte de la Empresa, siendo ello avalado, igualmente, por el informe del Ministerio Fiscal, máxime, además, cuando hay una causa justificativa por parte de la Empresa al quedar acreditado por prueba testifical el despido objetivo, según indica el Juzgador en su resolución.

Por otro lado, no puede ser tenida en cuenta la sentencia que cita del TSJ de Andalucía en su sede en Sevilla por no constituir jurisprudencia en los términos del art. 1.6 del Código Civil en relación con el art. 193 c) de la LRJS.

DECIMOSEGUNDO.- En ese mismo apartado, la parte recurrente indicó que se había infringido la doctrina sobre la ficta confessio. En ese sentido nos remitimos a la sentencia a la que se hizo referencia con anterioridad así como la del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2015, en donde se viene a indicar lo mismo. Así se manifiesta lo siguiente: <<... el art. 91.2 de la LRJS, que regula la ficta confessio en términos semejantes a la ficta documentatio, "otorga al Juez o Tribunal sentenciador una facultad (...) que podrá utilizar en todo o en parte (...) en especial siempre que tales hechos sean verdaderos datos fácticos concretos y precisos, pero no cuando consistan en interpretaciones jurídicas o aparezcan desvirtuados por otros hechos o cuando sea racionalmente exigible una mayor actividad probatoria para "probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones ..." (arg. ex art. 217.2 LEC), lo que deberá motivarse, en uno u otro sentido, en la sentencia que se dicte".

La sentencia del TS de 12 de mayo de 2009, recurso 4/2008, explica que "La falta de aportación de la prueba solicitada constituye un defecto procesal que puede determinar la nulidad si se reitera su práctica en el acto de juicio haciendo constar la protesta en el acta; pero de no ser así, queda al arbitrio judicial por ser facultativo la valoración de la conducta de la parte incumplidora a los efectos de que se tengan por probados o no los hechos correspondientes; es decir, el precepto faculta al juzgador, pero no le obliga a una afirmación por ficta documentatio".

Las sentencias del TS de 8 de noviembre de 1990 y 30 de enero de 1991 argumentaron que, al ser potestativo el tener por confesados los hechos, si el Juez, valorando el conjunto de la prueba, no aplica la ficta confessio, "difícilmente se puede invocar con éxito, en vía casacional, un error jurídico de la sentencia recurrida".

La Sala Civil del TS sostiene que la ficta confessio es una facultad del tribunal y las facultades discrecionales solo son controlables en casos de arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad (sentencia de la Sala Civil del TS de 11 de enero de 2011, recurso 1308/2010; y autos de la Sala Civil del TS de 6-5-2014, recurso 13/2013 y 12-12-2018, recurso 3377/2016).

Octavo.- Existe división entre los TSJ acerca de si es posible controlar en suplicación el acierto del Juez de lo Social en relación con la ficta confessio. Algunos TSJ sostienen que, al ser una facultad discrecional del Juez de instancia no cabe su denuncia en suplicación (sentencia del TSJ de La Rioja de 18 de noviembre de 2011, recurso 427/2011), mientras que otros admiten su acceso al recurso (sentencia del TSJ del País Vasco de 19 de enero de 2016, recurso 2443/2015 y del TSJ de Madrid de 16-7-2018, recurso 295/2018), aunque su eficacia revisora en la práctica es muy escasa.



Varios TSJ explican que la apreciación de la ficta confessio es potestad del juez de instancia pero no puede ejercerla con arbitrariedad (sentencias del TSJ de Andalucía con sede en Málaga de 24 de enero de 2013, recurso 1791/2012; TSJ de Cataluña de 6 de julio de 2018, recurso 3051/2018; TSJ de Castilla-La Mancha de 5 de mayo de 2015, recurso 32/2015; TSJ de Galicia de 11 de octubre de 2018, recurso 1991/2018; TSJ de Madrid de 7 de octubre de 2016, recurso 590/2016).>>

Igualmente, lo mismo refiere la sentencia de TSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2019.

Por lo tanto, aplicando dicha doctrina y jurisprudencia y siendo que la ficta confessio o la ficta documentatio es potestad del Juzgador de instancia, no puede plantearse en el recurso de suplicación al ser de naturaleza extraordinaria.

DECIMOTERCERO.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 193 c) de la LRJS, recurre dicha parte por infracción de la doctrina del reconocimiento de daños morales y resarcitorios por actos discriminatorios.

Al no haber dado lugar a la nulidad pretendida no es posible acceder a lo que postula la parte sin que, por otro lado, haya sido acreditado los posibles daños que dicen se le han irrogado, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

DECIMOCUARTO.- Al amparo de la letra c) del art. 193 de la LRJS, recurre dicha parte por infracción del art. 8 del Estatuto de los Trabajadores y Código Civil, falta de respeto de las condiciones contractuales y principio legal "pacta sunt servanda".

Interesa en este motivo que se le reconozcan todas las cantidades que solicita en la demanda y se condene a la Empresa al pago de las mismas.

La sentencia de instancia establece en el fundamento noveno, con valor de hecho probado, que la cantidad de 5.490,10 euros correspondientes al salario de marzo, le fue abonado según valoración de toda la prueba aportada; que igualmente se le satisfizo a la trabajadora la suma de 1.419,28 euros por 8 días de vacaciones; 177,41 euros de 1 día de abril y 67,44 euros de gastos profesionales. Solamente reconoce que se le adeuda y es a lo que se condena a la Empresa al pago de 1.238,13 euros correspondientes a 3 días de salario por falta de preaviso y el 25% del plan abonus.

Por lo tanto, es el Juzgador quien ha procedido a valorar la prueba documental, tal y como indica, llegando a la conclusión que únicamente se le adeudan las cantidades que refiere sin que en el recurso se haya venido a desvirtuar tal aserto por cuanto no se ha procedido a introducir el hecho probado que interesaba, razones por las cuales ha de estarse a las cantidades que se concretan en la sentencia, debiendo decaer por ello este motivo.

Todo ello nos lleva a revocar en parte la sentencia de instancia, en el sentido de que el despido es declarado improcedente como consecuencia de que el error en la puesta a disposición de la indemnización no puede ser considerado excusable, siendo la cantidad que le corresponde percibir en concepto de indemnización la de 98.594,93 euros, ateniéndonos a lo siguiente:

- Primer tramo: hasta 11 de febrero de 2012, correspondiente a 7 años y 2 meses (326,25 días), 56.881,69 euros;
- Segundo tramo: desde el 12 de febrero de 2012 (239,25 días), 41.713,24 euros.

FALLAMOS

?Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por D./Dña. Valentina , contra la Sentencia de fecha 13 de abril de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 4 de Santa Cruz de Tenerife en los autos de 0000364/2019-00, sobre Despido, con revocación en parte de la misma, declaramos el despido improcedente y condenamos a la demandada DIRECCION000 . a que, a su elección y en el plazo de CINCO DÍAS hábiles, readmita a la actora en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido o bien le abone una indemnización de 98.594,93 euros. Si opta por la indemnización, no se generarán salarios de tramitación y se descontará la cantidad ya percibida. Si opta por la readmisión no se devengará la indemnización, si bien deberá abonar a la actora los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la fecha efectiva de la readmisión a razón de 174,35 euros diarios, importe del que se podrán detraer aquellas cantidades que la trabajadora haya podido percibir en el supuesto de que haya encontrado nueva ocupación. Así mismo, en este último caso, la recurrente estará obligada a devolver la cantidad indemnizatoria que ha recibido. Se confirma el resto de pronunciamientos.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 4 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.



ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Tenerife nº 3777/0000/66/ el nº de expediente compuesto por cuatro dígitos, y los dos últimos dígitos del año al que corresponde el expediente pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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

Ignorar palabra Ignorar todas

Ignorar palabra Ignorar todas