



Roj: **AATSJ M 56/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:56AA**

Id Cendoj: **28079340022017800004**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **18/01/2017**

Nº de Recurso: **614/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MIGUEL MOREIRAS CABALLERO**

Tipo de Resolución: **Auto Aclaratorio**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010 Teléfono: 914931969 Fax: 914931957 34010760

NIG : 28.079.00.4-2015/0015982 Procedimiento Recurso de Suplicación 614/2016 Secc. 2-M

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid Despidos / Ceses en general 352/2015 **Materia :** Despido

RECURRENTE: D./Dña. María Luisa

RECURRIDO: D./Dña. Angelina

Ilmos/as. Sres/as.

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLEROD./Dña. MANUEL RUIZ PONTONESD./Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO

En Madrid, a **18/01/2017** , habiendo visto las presentes actuaciones esta Sección de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado el siguiente

AUTO

En el procedimiento número Recurso de Suplicación 614/2016, seguidos a instancia de D./Dña. María Luisa contra D./Dña. Angelina , en materia de Despido y siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. **D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO** , y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Letrado de la demandada Dña. Angelina se presentó escrito interesando la aclaración de la sentencia nº 882/2016, de fecha 26.10.2016, dictada en el recurso de suplicación núm. 614/2016, por esta Sección 2ª de la Sala de lo Social del. T.S.J. de Madrid, en base a las siguientes " **ALEGACIONES La resolución cuya aclaración se pide, expresa erróneamente en su FUNDAMENTO JURIDICO QUINTO:"... que en este caso da la suma de 26,71 euros por 82 días"**

Existe un error en el cálculo de los 82 días, teniendo en cuenta que la fecha de inicio de la relación laboral fue el día 29 de julio de 2011, y la fecha de la extinción de la relación laboral fue el día 19 de febrero de 2015, es decir le corresponden a la trabajadora demandante:



20 días de indemnización por doce meses de 2012. 20 días de indemnización por doce meses de 2013. 20 días de indemnización por doce meses de 2014. 10 días de indemnización por seis meses: Agosto 2011 a diciembre de 2011 (5 meses). Enero de 2015 (1 mes).

2 días de indemnización por 22 días, redondeados a 1 mes: 29, 30 y 31 de julio de 2011 (3 días de 2011). 1 al 19 de febrero de 2015 (19 días de 2015).

TOTAL DIAS 72 días

Procede por tanto, aclarar la sentencia en los siguientes términos: "... que en este caso da la suma de 26,71 euros por 72 = 1923,12 euros...".

CUARTA. - La resolución cuya aclaración se pide, expresa erróneamente en su FUNDAMENTO JURIDICO QUINTO: "... desde el 19.02.2015 hasta esta fecha de sentencia 26.11.2016".

Existe un error al indicar la fecha de la sentencia, pues la misma fue dictada el 26 de octubre de 2016, y no el 26 de noviembre de 2016, siendo imposible su dictado en la fecha indicada por razones obvias. Procede por tanto, aclarar la sentencia en los siguientes términos: "... más los salarios dejados de percibir desde el 19.02.2015 hasta esta fecha de sentencia 26.10.2016, que ascienden a 812,5 euros x 20 meses = 16.250 euros que le deberán ser abonados en ambos casos, es decir, si es readmitida en su puesto de trabajo o si no lo es."

QUINTA. - La resolución cuya aclaración se pide, expresa en su FUNDAMENTO JURIDICO TERCERO:

Que es aplicable al recurso suscitado los argumentos jurídicos contenidos en la Sentencia dictada en el Recurso de Suplicación nº 4191/2008 de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad de Madrid, recurso cuyo fallo declara que el cese verbal de la actora, estando embarazada, constituye un despido nulo por lesivo a un derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, condenando a la demandada a satisfacer a la trabajadora los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que le fue notificada la sentencia de instancia.

En la sentencia dictada en el presente recurso, se condena a la demandada a satisfacer a la trabajadora los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la sentencia dictada en el Recurso de Suplicación, y no como se indica en el Recurso de Suplicación nº 4191/2008 de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad de Madrid que se condena a la demandada a satisfacer a la trabajadora los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que le fue notificada la sentencia de instancia.

Procede por tanto, aclarar la sentencia en los siguientes términos: "... más los salarios dejados de percibir desde el 19.02.2015 hasta la que le fue notificada la sentencia de instancia, es decir el 23 de diciembre de 2015...".

SEXTA. - La resolución cuya aclaración se pide, expresa en su FUNDAMENTO JURIDICO TERCERO: Que es aplicable al recurso suscitado los argumentos jurídicos contenidos en la Sentencia dictada en el Recurso de Suplicación nº 4191/2008 de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad de Madrid, recurso cuyo fallo declara que el cese verbal de la actora, estando embarazada, constituye un despido nulo por lesivo a un derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, condenando a la demandada a satisfacer a la trabajadora los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que le fue notificada la sentencia de instancia, salarios de tramitación de los que habrá de detracer los coincidentes con la situación de incapacidad temporal que la trabajadora inicio en (...), y mientras esta persistió, al igual que con el descanso por maternidad que comenzó el (...).

En la sentencia dictada en el presente recurso, se condena a la demandada a satisfacer a la trabajadora los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la sentencia dictada en el Recurso de Suplicación, y no se hace referencia a que de los salarios de tramitación, habrá que detracer los salarios correspondientes a los periodos en los que la trabajadora se encontró en situación de incapacidad temporal por embarazo y los salarios correspondientes al periodo por permiso de maternidad, tal y como se indica en el Recurso de Suplicación nº 4191/2008 de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad de Madrid.

Procede por tanto, aclarar la sentencia en los siguientes términos: "... más los salarios dejados de percibir desde el 19.02.2015 hasta la que le fue notificada la sentencia de instancia, es decir el 23 de diciembre de 2015, salarios de tramitación de los que habrá de detracer en su caso, si así se acredita en ejecución de sentencia, los coincidentes con la situación de incapacidad temporal por embarazo, y mientras esta persistió, al igual que los coincidentes con el descanso por maternidad; y también a los referidos salarios de tramitación habrá de detracer en su caso, el salario percibido por la trabajadora en nueva empresa, durante el periodo coincidente con los salarios de tramitación, si así resultara acreditado en ejecución de sentencia".

En virtud de lo expuesto,



SUPLICO A LA SALA DE LO SOCIAL; que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tenga por solicitada en tiempo y forma la aclaración de la Sentencia nº 882/2016, de fecha 26 de octubre de dictada en los presentes autos, acordando aclarar la misma, con el contenido anteriormente precisado. "

SEGUNDO.- El 07.11.2016 presentó nuevo escrito manifestando su opción por la NO READMISIÓN de la trabajadora demandante Dña. María Luisa . Por Diligencia de Ordenación de fecha 11.11.2016 se tuvo por correctamente efectuado la Opción por la NO READMISIÓN a la parte actora.

TERCERO.- Con fecha 20.11.2016 se presentó escrito por el Letrado de la demandante Dña. María Luisa , formulando frente al escrito de la demandada de fecha 26.10.2016 " ALEGACIONES conforme los siguientes

HECHOS

PRIMERO-No estamos conformes con la alegación tercera de la parte contraria, que da por hecho que existe un error aritmético a su favor, cuando de la lectura de la sentencia se desprende todo lo contrario.

Convenimos con la parte demandada, en puede ser necesario explicar cómo se ha llegado a obtener la cifra total de 82 días de indemnización ya que puede existir un error aritmético, dicho sea con los debidos respetos. Y ello porque conforme a la jurisprudencia reproducida en la propia sentencia, la indemnización que corresponde a mi representada es la fijada en el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores y que en aquel momento se fijaba en 45 días por año trabajado y actualmente 33 días (fundamentos vigésimo y vigésimo segundo de la sentencia que sentencia del TSJ de Madrid que se reproduce en la Fundamento Tercero").

"En primer lugar, hemos de determinar si la indemnización que procede en estos casos es la prevista en el artículo 10.1 del Real Decreto 1.424/1.985 para el despido improcedente, o bien, por contra, la fijada en el artículo 56.1 a) del Estatuto de los Trabajadores , que es la que, a la postre, se pretende en el suplico de la demanda rectora de autos. Teniendo en cuenta que aquella norma reglamentaria no contempla la posibilidad de declarar nulo el despido en el ámbito del servicio del hogar familiar, realidad que la normativa legal posterior que se promulgó en defensa de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres ha venido a alterar radicalmente -no nos estamos refiriendo sólo a la Ley Orgánica 3/2.007, sino también a la Ley 39/1.999 -, no nos cabe duda de que la procedente no es otra que la establecida en el citado precepto estatutario "

Y no cabe duda que no solo se está refiriendo a los salarios de tramitación, sino también a la indemnización de 33/45 días, porque cuando calcula la indemnización que le corresponde como empleada del hogar por despido nulo con 2 años, 7 meses y 20 días de antigüedad y un salario diario de 21,39 euros, resuelve que esta es de 2.566,80 euro, es decir, de 45 días por año de servicio.

2,66 años x 21,39 euros x 45 =2566,80 euros

Este cálculo lo podemos ver en el siguiente párrafo de la sentencia:"tal como señala la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2.007 , dictada en función unificadora, en tanto que su salario diario con prorrateo de pagas extraordinarias asciende a 21,39 euros (641,67 euros entre 30 días), la indemnización que le corresponde percibir es, s.e.u.o., de 2.566,80 euros2"

Pues bien la parte contraria ignora esto y pretende sin fundamento alguno modificar la sentencia y asignar a mi cliente la indemnización fijada en el Real Decreto 1620/2011 (20 días) y no la fijada en el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores como razona la sentencia (33/45 días).

Así las cosas, es cierto que existe un error aritmético, aunque en sentido contrario al que señala la parte condenada puesto que la indemnización por despido asciende a 3.281,25 euros.

26 días correspondientes a 7 meses hasta febrero de 2012 (45 días/ año de indemnización). 33 días hasta febrero de 2013. 33 días hasta febrero de 2014. 33 días hasta febrero de 2015. Total días = 125 días

Total indemnización: 3.281,25 euros = 125 x 26,25 euros.

Consecuencia de lo anterior, la indemnización correctamente calculada, dicho sea con los debidos respetos, es de 3.281,25 euros más los pertinentes salarios de tramitación, y en tal sentido debe modificarse la sentencia ahora aclarada.

SEGUNDO No conformes con la Alegación Cuarta del escrito de la parte contraria.Efectivamente la sentencia fue dictada el 26 de octubre y no el 26 de noviembre, pero no existe error alguno en el cálculo de los salarios de tramitación, puesto que del 19 de febrero al 26 de octubre, no hay 20 meses, sino 20 meses y 7 días. Así que el Tribunal lo único que ha hecho es redondear hacia arriba, y no hacia abajo como pretende la parte demandada.Si la parte contraria no está de acuerdo con que se redondee hacia arriba puede recurrir en casación, pero no alegar que existe un error material y exigir que el tribunal opte por la solución contraria, es decir, redondear hacia



abajo. Asimismo señalar que la parte demanda no ofrece ningún argumento por el cual se debería redondear hacia abajo, y que la opción de readmisión no fue comunicada a esta parte hasta el 11 de noviembre.

TERCERO.-No conformes con la alegación quinta formulada contrario. En este punto la defensa de la antigua empleadora intenta de forma temeraria modificar los términos de la sentencia, solicitando una aclaración de la misma, pero sin que exista un error aritmético o material.

Tal es la temeridad de la alegación quinta, que debe ser rechazada por tres motivos, cualquiera de ellos por sí solo suficiente para desestimar la solicitud de aclaración y que a continuación exponemos:

1) El Fundamento de Derecho Quinto de esta sentencia, explica perfectamente cómo se han calculado los salarios de tramitación, para luego ratificarlo en su fallo, así en dicho Fundamento de Derecho Quinto literalmente se señala "salarios dejados de percibir desde el 19.02.2015 hasta esta fecha de la sentencia 26.11.2016, que ascienden a 812,5 euros x 21 meses = 17.062 euros que le deberán ser abonados en ambos casos, es decir, si es readmitida en su puesto de trabajo o si no lo es."

No existe por lo tanto ningún error material o aritmético y por lo tanto, el presente trámite de aclaración no permite modificar el fallo.

2) La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 de noviembre de 2008 (en el recurso de suplicación nº 4191/2008) que cita la parte contraria, resuelve sobre un despido de empleada del hogar que ya fue declarado nulo en primera instancia y que es recurrido por la empleadora "Dña. Sacramento", y ese es el motivo por el que solo se condena al pago de salarios de tramitación hasta la sentencia de primera instancia, que fue la que declaró nulo el despido por primera vez.

En el caso que nos ocupa, la primera sentencia que ha declarado nulo el despido, es la sentencia de este tribunal el 26 de octubre de 2016.

3) Entrando en el fondo, la jurisprudencia reiteradamente ha establecido que cuando un despido se declara nulo por primera vez en segunda instancia, los salarios de tramitación deben pagarse hasta la notificación de dicha sentencia. Y ello tanto en el régimen laboral general (valga por todas la recentísima sentencia de TSJ de la Coruña de 23 de febrero 2016, recurso de suplicación 4663/2016), como en el régimen especial de empleadas del hogar como resuelve la Sentencia 493/2010 del TSJ de Castilla y León de 7 de septiembre de 2010 (recurso de suplicación 467/2010) con el siguiente tenor literal."

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- La imposibilidad legal de percibir por un mismo periodo de tiempo las prestaciones económicas derivadas de la situación de incapacidad temporal y los salarios de esos mismos, meses o días no sólo tiene un fundamento legal sino también material porque no se puede a la vez estar de baja y estar trabajando. Lo que no necesita de aclaración pues se es de obligada observancia y cumplimiento por todas las partes litigantes. No obstante, al haberlo solicitado la demandada en su escrito de aclaración no hay inconveniente ni obstáculo alguno en declararlo expresamente.

PARTE DISPOSITIVA

Que debemos aclarar y aclaramos la sentencia antes referida en los siguientes términos:

"... más los salarios dejados de percibir desde el 19.02.2015 hasta la que le fue notificada la sentencia de instancia, es decir el 23 de diciembre de 2015, salarios de tramitación de los que habrá de detraer en su caso, si así se acredita en ejecución de sentencia, los coincidentes con la situación de incapacidad temporal por embarazo, y mientras esta persistió, al igual que los coincidentes con el descanso por maternidad; y también a los referidos salarios de tramitación habrá de detraer en su caso, el salario percibido por la trabajadora en nueva empresa, durante el periodo coincidente con los salarios de tramitación, si así resultara acreditado en ejecución de sentencia".

Sin costas.

Incorpórese esta resolución al libro de sentencias y llévase testimonio a los autos.

Contra el presente auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio del recurso que proceda, en su caso, contra la sentencia o auto, que ya quedó indicados al ser notificada (artículo 267.7 LOPJ).

Los plazos para los recursos a que se refiere el anterior apartado comenzarán a computarse desde el día siguiente a la notificación de este auto (artículo 267.8 LOPJ).



Así lo mandaron los/as Ilmos/as Sres/as. Magistrados referenciados.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado, y se procede a su notificación a los interesados por los medios y con los requisitos establecidos en los artículos 53 a 62 de la L.R.J.S . Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ