



Roj: **STSJ M 8976/2020 - ECLI:ES:TSJM:2020:8976**

Id Cendoj: **28079340052020100710**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **23/07/2020**

Nº de Recurso: **352/2020**

Nº de Resolución: **701/2020**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

NIG: 28.079.00.4-2019/0042595

Procedimiento Recurso de Suplicación 352/2020

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid Despidos / Ceses en general 909/2019

Materia: Despido

Sentencia número: 701

Ilmas. Sras.

Dña. M. BEGOÑA HERNANI FERNÁNDEZ

Dña. ALICIA CATALÁ PELLÓN

Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

En Madrid, a 23 de julio de 2020, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Quinta de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por las **Ilmas. Sras.** citadas, 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 la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación número 352/2020 formalizado por el procurador DON JUAN MARÍA VIGÓN UZQUIANO en nombre y representación de DOÑA Lucía , asistida por el letrado DON MIGUEL ÁNGEL JIMÉNEZ RAMÍREZ, contra la sentencia número 10/2020 de fecha 15 de enero, dictada por el Juzgado de lo Social número 18 de los de Madrid, en sus autos número 909/2019, seguidos a instancias de la recurrente frente a AMICI UNION, S.L. (RESTAURANTE LUGANO) y DON Cayetano , siendo parte el MINISTERIO FISCAL, en reclamación por despido y tutela de derechos fundamentales, siendo magistrada-ponente la Ilma. Sra. Dña. M. Virginia García Alarcón, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- Dña. Lucía ha prestado servicios para AMICI UNION SL (Restaurante LUGANO).

Se suscribió contrato de trabajo temporal por circunstancias de la producción para atender trabajos de barra en campaña de verano.

Con categoría de Ayudante de Camarero y domicilio del centro de trabajo calle María Tubau nº 19 Madrid, jornada completa y duración desde el 19/06/2019 hasta el 18/12/2019 y periodo de prueba de un mes.

Se pacta como Cláusula Adicional:

PRIMERA. Durante la IT maternidad/paternidad, adopción y acogimiento NO interrumpe el periodo de prueba establecido en el contrato de trabajo.

El salario diario con parte proporcional de pagas es de 40,6 euros (folio 112). La antigüedad es de 03/06/2019

SEGUNDO.- D. Ruperto se dedica a ayudar a poner en marcha negocios de hostelería y desde su teléfono móvil recibió o envió wasap que constan en folios 124 a 126

TERCERO.- La actora dirigió un burofax el 08/07/2019 a AMICI UNION SL del siguiente contenido:

AMICI UNION S.L. (Restaurante Lugano)

C/María tubau, 19, Local-7

MADRID

Por medio del presente le comunico que estoy esperando la carta de despido que me comunicaron vía WhatsApp el 27 de Junio de 2019. Entre otras cosas la necesito para la prestación de desempleo y también espero que me paguen lo correspondiente al mes de Junio y el finiquito, me dijeron que me lo darán todo el Lunes pasado y a pesar de enviarles notificaciones por mensajes, nadie me contesta, sabiendo como saben la precaria situación en que me encuentro debido a mi embarazo.

Fdo. Lucía

C/ DIRECCION000 , NUM000 NUM001

MADRID

No consta si se recibió por la demandada AMICI UNION SL

CUARTO.- Se comunica la extinción del contrato por no superar el periodo de prueba con efectos 09/07/2019 (folio 144)

QUINTO.- La actora causa baja por enfermedad común el 01/07/2019 y continúa en esta situación.

SEXTO.- La empresa tenía de alta en Seguridad Social a cinco empleados que iniciaron la prestación de servicios en el mes de junio y una persona en julio y las 4 personas fueron dadas de baja el 31/07/2019 y la actora el 06/07/2019.

SEPTIMO.- D. Cayetano era titular del negocio denominado RESTAURANTE LUGANO (nombre comercial) situado en la calle María Tubau nº 19 Madrid y el 30/05/2019 y lo traspasó a AMICI UNION SL con las instalaciones y mobiliarios, enseres, ajuar comercial y útiles, se autorizó a AMICI UNION SL mantener hasta el 31/08/2019 el nombre comercial que figura en la fachada.

D. Cayetano presenta la baja censal por cese actividad el 30/06/2018 (folio 175)

OCTAVO.- El mismo día 30/05/2019 se firmó la modificación parcial del contrato de arrendamiento, con reducción de la renta durante el primer año de duración del contrato entre el propietario del local (INVERSIONES OLMO Y GARCIA SL) y AMICI UNION SL

NOVENO.- El 31/07/2019 se firmó entre INVERSIONES OLMO Y GARCIA SL y AMICI UNION SL, el acuerdo de terminación del contrato de arrendamiento (folio 168-169)



DECIMO.- Inicialmente la actora demanda a AMICI UNION SL y el 26/09/2019 amplía la demanda frente a D. Cayetano alegando sucesión de empresa (folio 56), se dirigió las citaciones a calle María Tubau nº 19 Madrid y fueron infructuosas porque se manifiesta que ya no tenía relación con el restaurante (folio 82), se averiguó otro domicilio y se citó por edictos. Ha comparecido a D. Cayetano .

DECIMO PRIMERO.- Una persona fue al Restaurante LUGANO en calle María Tubau nº 19 Madrid y se expide ticket que consta en el folio 109 bis.

DECIMO SEGUNDO.- A través de un despacho de abogados se envió a AMICI UNION SL, calle María Tubau nº 19 Madrid el siguiente burofax:

AMICI UNION, S.L. (Restaurante LUGANO)

CIF: B88394788

Calle María Tubaú 19, Local 7

C.P. 28050 Madrid

ENVIADO POR BUROFAX

Madrid, 10 de Enero de 2020

Muy Señores nuestros:

Nuestro cliente, D. Cayetano , nos ha dado traslado a este Despacho encargo para que les realicemos la siguiente comunicación.

Tras haber recibido notificación del expediente judicial por despido 909/2019, seguido ante el Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid, hemos percibido que ustedes, a día de hoy, siguen haciendo uso de la TPV con los datos de nuestro cliente, habiendo sido traspasado el negocio a ustedes hace ya mucho tiempo.

Por esa razón, mediante la presente, venimos a requerirles para que de manera automática e inmediata, se abstengan de emplear la denominación de nuestro cliente, así como su NIF, bajo ninguna fórmula y, ni mucho menos, bajo el empleo de TPV.

Si desatendiera el presente requerimiento, esta parte ejercerá las correspondientes acciones legales ante los Juzgados y Tribunales, a fin de que nuestro cliente vea protegidos sus derechos e intereses legítimos.

Se despide atentamente,

DECIMO TERCERO.- La empresa AMICI UNION SL cesa en la actividad a finales de julio porque el restaurante no funcionaba y acordó con el propietario del local resolver el contrato y recuperar la fianza y no traspasó el negocio.

Se notificó la no superación del periodo de prueba porque no actora no justificaba sus faltas de asistencia y el negocio no iba bien.

DECIMO CUARTO.- Se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC el día 16/07/2019, se celebró sin efecto el día 14/08/2019 y se presenta demanda ante los Juzgados de lo Social el día 19/08/2019

DECIMO QUINTO.- Comparecen las partes. No comparece el Ministerio Fiscal y el FOGASA."

TERCERO: En la resolución recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

"(1) Estimando en parte la demanda presentada por Dña. Lucía frente a AMICI UNION SL (Restaurante LUGANO) y D. Cayetano , se declara NULO el Despido y EXTINGUIDA LA RELACIÓN LABORAL y se condena a la empresa AMICI UNION SL (Restaurante LUGANO) a abonar a la parte actora la cantidad de 893,2 euros como indemnización.

(2) Se aprecia falta de legitimación pasiva de D. Cayetano ."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante formalizándolo posteriormente, habiendo sido impugnado por el letrado DON ÓSCAR DE LA OSA MENDO, en nombre y representación de AMICI y por la letrada DOÑA ALBA MARÍA ALBA ASTUDILLO, en representación del Sr. Cayetano .

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección el día 25 de junio de 2020 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 22 de julio de 2020 para los actos de votación y fallo.



A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con amparo en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social interesa la recurrente que se modifique el segundo párrafo del hecho probado décimo tercero, sustituyéndolo por el siguiente:

"Se notificó el día 9 de Julio de 2019 la carta de despido a la actora, sin que consten los motivos del mismo, estando embarazada y conociéndolo la empresa"

Para lo que se remite a la carta de despido obrante al folio 144 en la que consta el motivo que recoge la juzgadora a quo que asimismo considera en el relato fáctico con valor de hecho probado, el estado de embarazo de la trabajadora, por lo que se inadmite la revisión.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la recurrente la infracción de los artículos 14 de la Constitución y 183 de la citada ley procesal, por entender que ha de fijarse una indemnización por daños y perjuicios morales al haberla echado de forma injusta y sin alegar motivo, narrando una serie de problemas materiales que se le ocasionaron por la pérdida de empleo. Asimismo entiende infringido el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, alegando que si bien el juzgado dice que el Sr. Cayetano cesó en la actividad el 30 de mayo de 2019, eso no quita para que volviera a ejercerla el 24 de septiembre de 2019.

Respecto de la primera de las cuestiones planteadas, hemos de partir del relato de probados en el que no consta que la trabajadora haya sufrido perjuicios adicionales a los que todo despido conlleva, habiéndose pronunciado esta Sala en sentencia de la sec. 3ª, de 22-02-2019, nº 126/2019, rec. 608/2018, como sigue:

"Sostiene en síntesis la recurrente que habiendo sido declarado nulo el despido de que fue objeto procede condenar a la empresa a abonar una indemnización de daños y por vulnerar la garantía de indemnidad del trabajador por importe de 25.000 euros, afirmando que en el ordinal noveno de la demanda figuran las circunstancias y bases que justifican su reclamación.

El artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social dispone:"1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales."

En el referido precepto no se establece de forma taxativa que el trabajador haya de percibir una indemnización en todo caso en el supuesto de que se produzca una discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, sino que lo vincula a que se hubieran producido un daño moral y otros perjuicios adicionales derivados. Por otra parte, es evidente que no todas las vulneraciones de los derechos fundamentales y libertades públicas -acumuladas a una acción de despido- que llevan consigo la declaración de nulidad del despido son iguales y así a título de ejemplo, en un supuesto de acoso laboral que finaliza con una declaración de nulidad del despido no se está sancionando una única conducta del empresario, se sancionan dos conductas distintas, el despido y el acoso y otro tanto ocurre con los supuestos de los despidos discriminatorios, se sanciona de una parte, la discriminación por razón de libertad sindical, raza, sexo, religión... y de otra el despido, mientras que en los supuestos en los que se vulnera la garantía de indemnidad, no se sanciona una conducta distinta al despido, de hecho, lo que se sanciona es el despido en sí mismo por obedecer a una represalia y el perjuicio que sufre el trabajador en principio es exclusivamente es la extinción de su relación laboral, por lo que en el supuesto de autos, en el que se ha producido una vulneración de la garantía de indemnidad del trabajador al haber procedido la empresa a despedir al trabajador como consecuencia de una serie de reclamaciones laborales formuladas, esa reacción del empresario tiene como único perjuicio para el trabajador el verse privado indebidamente de empleo y sueldo, con repercusiones negativas en su mantenimiento y satisfacción personal en el ámbito de su vida privada y por ello el legislador ha establecido de forma automática y taxativa en el artículo 55.6 del Estatuto



de los Trabajadores que, caso de nulidad del despido, no solo tiene lugar la readmisión inmediata al trabajador, sino también el abono de los salarios, operando así una específica indemnización de daños y perjuicios "ex lege", al percibir el reintegro de los salarios que hubiere percibido de no haber sido despedido al elevar a categoría legal dicha protección dado la evidencia empírica del perjuicio que supone la pérdida injustificada del sustento salarial, y del empleo, por lo que debemos concluir que no procede indemnización adicional alguna que supondría en el presente caso una duplicidad indemnizatoria por un único hecho reprobable que tiene establecida una expresa sanción, lo que lleva consigo la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia."

A lo que ha de añadirse que en el presente caso el despido se ha declarado nulo por aplicación del artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores, esto es por estar embarazada, causa de nulidad objetiva y que por tanto no presupone actuación vulneradora alguna por parte del empleador.

En cuanto a la pretendida sucesión de empresa del codemandado Sr. Cayetano, igualmente hemos de partir del relato fáctico de la sentencia, del que no resulta dato alguno del que colegir tal sucesión ya que lo único que aparece probado es que fue antecesor de la empresa que contrató a la actora, a la que traspasó el negocio, habiéndose dado de baja censal por cese de la actividad el 30 de junio de 2018, consecuentemente antes de la contratación de la recurrente, por todo lo cual el recurso se desestima íntegramente.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso de Suplicación número 352/2020 formalizado por el procurador DON JUAN MARÍA VIGÓN UZQUIANO en nombre y representación de DOÑA Lucía, asistida por el letrado DON MIGUEL ÁNGEL JIMÉNEZ RAMÍREZ, contra la sentencia número 10/2020 de fecha 15 de enero, dictada por el Juzgado de lo Social número 18 de los de Madrid, en sus autos número 909/2019, seguidos a instancias de la recurrente frente a AMICI UNION, S.L. (RESTAURANTE LUGANO) y DON Cayetano, siendo parte el MINISTERIO FISCAL, en reclamación por despido y tutela de derechos fundamentales y confirmamos la resolución impugnada. SIN COSTAS.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-0352-20 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876- 0000-00-0352-20.

MUY IMPORTANTE: Estos 16 dígitos correspondientes al procedimiento tienen que consignarse en un solo bloque. Es importante que este bloque de 16 dígitos este separado de lo que se ponga en el resto del campo por espacios. **Si no se consignan estos dieciséis dígitos o se escriben erróneamente, la transferencia será repelida por imposibilidad de identificación del expediente judicial y será devuelta a origen.** Pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el



correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S).

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación para la unificación de doctrina contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y de Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/266/2012, de 13 de Diciembre.

A los trabajadores, funcionarios, personal estatuario, beneficiarios del régimen público de la seguridad social y sindicatos, cuando actúen en defensa de un interés colectivo de los trabajadores o beneficiarios de la seguridad social, no les es exigible el abono de la referida tasa.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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