



Roj: **STSJ AND 7806/2000 - ECLI:ES:TSJAND:2000:7806**

Id Cendoj: **18087340012000102104**

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

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2000**

Nº de Recurso: **376/2000**

Nº de Resolución: **1555/2000**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANTONIO ANGULO MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

J. G.

Sent. núm. 1.555/2000

Ilmo. Sr. D. Antonio Angulo Martín

Presidente

Ilmo. Sr. D. Antonio López Delgado

Ilmo. Sr. D. Emilio León Sola

Ilmo. Sr. D. J. M^a Capilla Ruiz Coello

Magistrados

En la Ciudad de Granada, a veinticuatro de Mayo de dos mil.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se indican ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 376/2000, interpuesto por D. Jesús Manuel contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Tres de los de Almería en fecha 17 de Noviembre de 1.999 en Autos núm. 161/99, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Antonio Angulo Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por D. Jesús Manuel sobre DESPIDO contra DISTRIBUCIONES LÁCTEAS INDALICAS, S.L., D. Lucas, CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A., DISTRIBUCIONES LÁCTEAS ALMERÍA, S.L. y FOGASA y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó Sentencia el 17 de Noviembre de 1.999, por la que desestimando la demanda interpuesta por el actor, declaraba procedente el despido disciplinario de que había sido objeto, absolviendo a los demandados de la acción que en su contra se ejercitaba.

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

1º.- El actor, D. Jesús Manuel, mayor de edad, con D.N.I. núm. NUM000, estuvo prestando sus servicios para la empresa Distribuciones Lácteas Almería, S.L. dedicada a la actividad de reparto de productos de prediagnóstico alimenticios, desde el 11-1-94 al 20-8-97 y con la categoría profesional de Conductor repartidor de 1ª.

2ª.- Posteriormente el demandante estuvo prestando sus servicios para la empresa Corporación Alimentaria Peñasanta, dedicada a la misma actividad desde el 26-8-97 al 9-1-98.



A partir del 19-1-98 y hasta el 27-4-98 presto sus servicios para la empresa Distribuciones Lácteas Indálicas S.L.

3º - En el mes de enero de 1.998 la empresa Corporación Alimentaria Peñasanta suscribió un contrato mercantil para que la empresa Distribuciones Lácteas Indálicas S.L. distribuyera sus productos en la empresa de Almería.

4º.- Las empresas Distribuciones Lácteas Almería S.L. y Distribuciones Lácteas Indálicas S.L. se dedican a la misma actividad de distribución de productos lácteos, siendo el administrador único y socio mayoritario de la misma el codemandado D. Lucas y la otra socia su esposa D^a. Gabriela .

5º.- La empresa Distribuciones Lácteas Indálicas S.L. dejó de abonar al actor y al resto de los trabajadores sus salarios en el mes de marzo de 1.998, y dada la situación de crisis económica y que los trabajadores se negaban a trabajar si no se les pagaban sus salarios, se mantuvo una reunión el día 26-4-98 entre representantes de las empresas Distribuciones Lácteas Indálicas S.L. y Corporación Alimentaria Peñasanta S.A. en la que esta última decidió que la empresa Distribuciones Lácteas Indálicas S.L. dejará de distribuir sus productos en la provincia de Almería por su nula viabilidad económica.

Posteriormente ese mismo día representantes de ambas empresas mantuvieron una reunión con los trabajadores en la que se les comunicó la situación y se llegó al acuerdo de que Corporación Alimentaria Peñasanta S.A. los contrataría para que distribuyera sus productos hasta que encontraran una solución al problema e incluso dicha empresa se comprometió a abonar a cada trabajador la cantidad de 300.000 ptas por los salarios adeudados por la empresa Distribuciones Lácteas Indálicas S.L. y a cuenta de las cantidades que debía liquidar con dicha empresa, dinero que fue entregado al actor a finales de abril de 1.998.

6º.- Con fecha 27-4-98 el demandante dejó de trabajar con la empresa Distribuciones Lácteas Indálicas S.L. y al día siguiente comenzó a trabajar para la empresa Corporación Alimentaria Peñasanta S.A. en base a un contrato eventual por circunstancias de la producción de un mes de duración, cuyo objeto se limitaba a indicar "circunstancia de la producción" (clausula septima).

7º.- La empresa Corporación Alimentaria Peñasanta S.A. comunicó por escrito al demandante el día 27-5-98 la extinción de la relación laboral por finalización de contrato.

8º.- Interpuesta demanda de despido contra dicha decisión, el Juzgado de lo Social nº 2 de Almería dictó sentencia de fecha 6-11-98 recaída en las autos núm. 404/99 en la que declaró la improcedencia del despido de que fue objeto el actor, condenando por dicho despido a la empresa Corporación Alimentaria Peñasanta, S.A. y absolviendo de la misma a las empresas Distribuciones Lácteas Almería S.L., Distribuciones Lácteas Lácteas Indálicas S.L., Distribuidora de Bebidas Alhabia, S.L. y D. Lucas .

Tal sentencia fue recurrida en suplicación tanto por la parte atora como por la empresa Corporación Alimentaria Peñasanta

S.A.

9º.- El salario del actor ascendía a 143.351 ptas. mensuales, incluida la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias.

10º - El demandante no ostenta ni ha ostentado cargo de representación sindical alguno.

11º - La empresa Corporación Alimentaria Peñasanta S.A. optó por la readmisión del trabajador mientras se tramitaban los recursos de suplicación interpuestos contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Almería, y en fecha 15-12-98 remitió un telegrama al demandante en el que le comunicaba tal circunstancia y le indicaba que dado que la empresa no tenía distribución en Almería debería incorporarse al centro de trabajo de la empresa en Rabada- Lugo el día 15-1-99, siendo su horario de trabajo de 7'00 horas a 14'00 de lunes a viernes y de 7'00 horas a las 12'00 horas los sábados, todo ello de acuerdo con el art. 40 del E.T . igualmente le ponían a su disposición 100.000 ptas. para gastos de desplazamiento.

12º - El demandante presentó escrito ante el Juzgado de lo Social nº 2 de esta ciudad, solicitando que se declarara como readmisión irregular la orden empresarial de trasladarlo a Lugo, siendo desestimada tal pretensión mediante auto de 13-1-99 .

13º.- Con fecha 19-1-99 el actor remitió a la empresa un telegrama recibido por esta en 21- 1-99 cuyo tenor literal es, el siguiente: "En relación con traslado a Lugo ordenado por esa empresa comunico la opción de este trabajador en favor de la extinción del contrato y en consecuencia de la indemnización prevista en el artículo 40-1 párrafo 4º- del Estatuto de los Trabajadores . Ello sin perjuicio de lo que resulta de Recursos de Suplicación interpuestos y de la ejecución provisional".

14º.- La empresa Corporación Alimentaria Peñasanta S.a. remitió al actor un telegrama recibido por este el 23-1-99 cuyo contenido es el siguiente: "Habiendo ejercitado la opción de resolución de contrato fuera de plazo



previsto en el art. 40 del Estatuto de los Trabajadores y no habiéndose incorporado a su puesto de trabajo en la fecha indicada le notificamos queda despedido con efectos del día de la fecha".

15º.- Intentada la preceptiva conciliación en el CMAC en fecha 3-3-99, la misma concluyó con el resultado de sin avenencia.

16º.- En el acto del juicio el actor desistió de su demanda con respecto a la empresa Distribuidora de Bebidas Alhabia S.L.

Tercero.- Notificada la Sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por la parte actora, recurso que posteriormente formalizó, siendo en su momento impugnado de contrario. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente, para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se solicita en el presente recurso la revisión del onceavo hecho probado de la Sentencia de instancia, para que a su texto se adicione la frase "no habiendo quedado acreditada la fecha en que éste lo recibió", pero con esta modificación lo que trata de reflejarse es que en la Sentencia de instancia se recoge que la empresa envió un telegrama al trabajador pero no la fecha en el que mismo entregado, poniendo así de relieve la ausencia en dicha Resolución de un dato al que se le otorga posteriormente trascendencia jurídica, y siendo ello así, si tal dato no se precisa por la parte recurrente, el efecto no podría ser la inserción en la relación de probanza de un hecho negativo, sino la anulación de la Sentencia para que en ella se hiciera constar la fecha de la referida recepción. No obstante, no es necesario que tal medida se adopte, ya que la censura jurídica que a continuación se alega ha de merecer, dada su corrección, como ahora se verá, una respuesta jurisdiccional distinta a la adoptada por el Juez de instancia, sin que en ello incida para nada la circunstancia a la que antes se ha hecho mención.

SEGUNDO.- Se aduce a continuación, por la vía del apartado c) del Art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, infracción del Art. 40 del Estatuto de los Trabajadores y del Art. 297 de la Ley Procesal citada, y a este respecto se hace preciso puntualizar que del relato histórico del que ha de partir la Sala se infiere que el actor objeto de un despido que calificado como improcedente en Sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Almería de fecha 6 de Noviembre de 1.998, la cual recurrida y hay que decir que confirmada, por ser algo notorio para este Tribunal, por Sentencia de 4 de Octubre de 1.999. En el período intermedio entre ambas Resoluciones ocurre que la empresa condenada en ellas, Corporación Alimentaria Peñasanta S.A., en Diciembre de 1.998 remite un telegrama al trabajador manifestándole que opta por la readmisión, instándole a que se incorpore al centro de trabajo que tiene en Lugo el día 15 de Enero siguiente, lo cual no cumple el actor, mediando entre tanto una serie de circunstancias, como son el planteamiento de un incidente de readmisión irregular, que es rechazado por el Juzgado, y la presentación por el trabajador de un escrito optando a su vez por la extinción del contrato, para finalmente ser cursada por la empresa una comunicación al mismo, fechada el 21 de Enero de 1.999, en la que le indica que habiendo ejercitado la opción de extinción del contrato fuera de plazo y no habiéndose incorporado a su puesto en la fecha que se le había indicado quedaba despedido desde ese día. De cuanto antecede se deduce que todos los acontecimientos relatados se han producido en fase de ejecución provisional de una sentencia de despido, habiendo actuado las partes, y en definitiva resuelto el Juzgado, como si se tratase de la ejecución de una sentencia firme, y de ahí la corrección de la censura jurídica que, poniendo de relieve este tratamiento jurídico, se hace en el recurso, puesto que la negativa del trabajador a la incorporación lícitamente decidida por el empresario, sin causa justificada para ello, no permite un nuevo despido, sino la pérdida definitiva de los salarios en lo que quede de tramitación del recurso interpuesto contra la sentencia, tal como previene el Art. 297 de la Ley Procesal Laboral, y siendo ello así, y sin perjuicio de cuanto se pueda debatir sobre la corrección o incorrección de la reincorporación propuesta por la empresa, en orden exclusivamente a la pérdida o no de los indicados salarios de tramitación, lo cierto es que el despido decidido por la empresa ante la falta de incorporación del trabajador solo puede ser calificado como improcedente, debiendo ser declarado así e impuestas las consecuencias derivadas de dicha declaración, es decir, la obligación de la demandada de readmitir al trabajador en su mismo puesto y condiciones de trabajo o de indemnizarle en una suma igual a cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, bajo la fórmula recogida en el Art. 56.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, condiciones que son lógicamente las que determinan las específicas circunstancias que definen la relación entre las partes durante la tramitación del recurso contra la sentencia que declara improcedente o nulo un despido, así como que le haga efectivos los salarios devengados desde el momento del despido hasta la notificación de esta Sentencia, devengo que estará subordinado tanto a la incidencia que en ello pueda tener la posible aplicación de lo previsto en el Art. 297 de la Ley de Procedimiento antes citado, como a la efectividad que pueda haber alcanzado el pronunciamiento adoptado en la sentencia dictada por esta Sala en el proceso por despido del que la ejecución provisional trae causa.



FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Jesús Manuel contra la Sentencia dictada el día 17 de Noviembre de 1.999 por el Juzgado de lo Social núm. Tres de los de Almería , debemos declarar y declaramos improcedente el despido contra el que se acciona, condenando como condenamos a la empresa demandada CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A. a que, a su elección, readmita al trabajador en su mismo puesto y condiciones de trabajo o le abone una indemnización de cuarenta y cinco días por año de servicio, así como a que le haga efectivos los salarios que se hayan podido devengar desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la presente Sentencia.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que previene el Art. 216 de la Ley de Procedimiento Laboral y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los DIEZ DÍAS siguientes al de su notificación, debiendo el recurrente que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita efectuar el deposito de la cantidad objeto de condena si no estuviera ya constituida en la instancia, en la Cuenta de "Depósitos y Consignaciones" de esta Sala abierta con el núm. 1.758 en el Banco Bilbao-Vizcaya, Plaza de Isabel la Católica, núm. 1 de esta Capital y pudiendo sustituir tal ingreso por aval bancario con responsabilidad solidaria del avalista, sin cuyos requisitos se tendrá por no preparado el recurso.

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