



Roj: **STSJ M 8576/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:8576**

Id Cendoj: **28079340022017100776**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **19/07/2017**

Nº de Recurso: **677/2017**

Nº de Resolución: **791/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MANUEL RUIZ PONTONES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

34002650

NIG : 28.079.00.4-2015/0057756

Procedimiento Recurso de Suplicación 677/2017-FS

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid Despidos / Ceses en general 1299/2015

Materia : Despido

Sentencia número: 791/17

Ilmos. Sres

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO

En Madrid a diecinueve de julio de dos mil diecisiete habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, 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 677/2017, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. ALEJANDRO SANCHEZ FERNANDEZ en nombre y representación de REASON WHY WORLD GROUP SL, contra la sentencia de fecha 21 de febrero de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 1299/2015, seguidos a instancia de D./Dña. Montserrat frente a REASON WHY WORLD GROUP SL, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES, 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.- La actora Dña. Montserrat y la empresa Reason Why World Group S.L. suscriben el 04/08/2015 el documento precontractual que se aporta al folio 71 que aquí se reproduce.

La cláusula 4 de dicho documento estipula: "Para el supuesto de que la empresa no cumpla el compromiso de contratación asumido en el presente documento, se indemnizará a Montserrat con la cantidad de 13.000.- € en concepto de daños y perjuicios."

Con anterioridad a la contratación ambas partes mantienen la correspondencia vía correo electrónico que se aporta a los folios 74 a 76 y que aquí también se reproducen.

El salario de la actora asciende a 1.800.- €/mes brutos con inclusión ppe.

SEGUNDO.- Con fecha 04/09/2015 se celebra el contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje en el que se señala como categoría profesional la de Fotógrafa.

Se establece un periodo de prueba según convenio colectivo aplicable designándose como tal en el contrato, el convenio colectivo de prensa diaria (cláusulas 3 y 11.)

Se aporta el contrato a los folios 72 a 73 que aquí se reproduce.

TERCERO.- La actora ha venido prestando sus servicios como redactora. Folios 28 a 69.

Con anterioridad la actora prestaba servicios para otra empresa como periodista-redactora. Folio 76.

CUARTO.- La actora es despedida en fecha 10/11/2015 mediante comunicación escrita del siguiente tenor literal:

"Madrid, a 10 de noviembre de 2015

Estimada Sra. Montserrat :

La Dirección de la empresa le comunica formalmente su decisión de rescindir las relaciones laborales con Vd. mediante despido disciplinario basado en un incumplimiento por su parte de sus obligaciones, conforme a lo previsto en el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores , concretamente en su apartado e).

Los hechos que han dado origen a esta decisión, considerados incumplimientos contractuales en el art. 54.2 del ET , son los siguientes:

La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal, como el que venía prestando hasta ahora .

El despido tendrá efectos a partir de hoy, 10 de noviembre de 2015, y en consecuencia, tiene a su disposición la liquidación - finiquito de las cantidades devengadas por todos los conceptos hasta la fecha de extinción.

Atentamente"

Folio 12.

La empresa reconoce la improcedencia del despido en el acto de juicio.

QUINTO.- A la actora se le abona el 09/10/2015 la cantidad de 1.569.- € y el día 11/11/2015 la cantidad de 1.740.- €. (Hecho incontrovertido)

Acumuladamente reclama por el concepto diferencias salariales en el finiquito 2.046,00.- de los que 855.- € corresponden a preaviso. (Hecho incontrovertido)

SEXTO.- El acto de conciliación ante el SMAC de Madrid se celebró en fecha 10/12/2015. Habiéndose presentado la papeleta-demanda de conciliación en fecha 23/11/2015, el cual finalizó con el resultado de Celebrado Sin Avenencia.

SÉPTIMO.- La demanda origen de las presentes actuaciones aparece interpuesta en fecha 18/12/2015.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que *estimando la demanda* interpuesta por Dña. Montserrat contra REASON WHY WORLD GROUP SL debo declarar y declaro la improcedencia del despido en aplicación de lo establecido en el art. 52.1.c) del ET .

Y conforme a lo dispuesto en los artículos 53.3 y 56 del mismo texto legal , debo condenar al empresario a:

1º) A que readmita a la trabajadora en el puesto de trabajo en idénticas condiciones a las que regían con anterioridad al cese o su opción, sustituya la obligación de readmitir por el abono al trabajador de una indemnización en cantidad de 13.000.- Euros.

La opción debe efectuarse por escrito o mediante comparecencia ante la oficina del Juzgado de lo Social dentro del plazo de CINCO DÍAS desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente, sin esperar a la firmeza de la misma, si fuera la de la instancia.

La opción por la indemnización determina la extinción del contrato de trabajo que se entienda producida en la fecha del cese efectivo del trabajador.

De optarse por la readmisión, la actora debe reintegrar la cantidad percibida por el concepto de indemnización. De optarse por la indemnización la ya percibida habrá de descontarse de la que se establece en esta Sentencia.

De no efectuarse la opción, o realizarse de forma distinta a lo establecido, se entenderá efectuada por la readmisión.

2º) Sólo en el caso de que se opte por la readmisión o se entienda que ésta debe producirse conforme a lo expuesto, la trabajadora tendrá derecho a los salarios de tramitación.

Éstos equivaldrían a una cantidad igual a la suma de los dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la Sentencia que declara la improcedencia o hasta que hubiese encontrado otro empleo, si tal colocación fue anterior a dicha Sentencia y se probase por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación a razón de 60.- Euros/día.

3º) Al abono de la cantidad de 1.191.- Euros por los conceptos expresados incrementados en un 10% de interés por mora los de naturaleza salarial.

Con fecha 10/3/17 se dictó Auto de Aclaración que dice:

"PARTE DISPOSITIVA

NO HA LUGAR A LA SUBSANACION solicitada por REASON WHY WORLD GROUP SL, de Sentencia, de fecha 21/02/2017 en cuanto a las cuantificaciones y operaciones aritméticas.

HA LUGAR A LA SUBSANACIÓN del Fundamento Derecho Cuarto de la sentencia en el sentido siguiente:

Donde Dice:

"En cuanto al 10% de interés por mora, en aplicación de lo establecido en el artículo 29.3 del ET y doctrina jurisprudencial dictada en desarrollo del misma, no ha lugar a su aplicación, dada la estimación parcial pretensión acumulada."

Debe Decir:

"En cuanto al 10% de interés por mora, en aplicación de lo establecido en el artículo 29.3 del ET y doctrina jurisprudencial dictada en desarrollo del misma, ha lugar a su aplicación."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por REASON WHY WORLD GROUP SL, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

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, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 19 de julio de 2017 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.- Frente a la sentencia de instancia que declara improcedente el despido del demandante condenando a la empresa a que en el plazo de cinco días opte entre el abono de una indemnización de



13.000,00 euros o la readmisión, y en caso de optar por la readmisión a que abone los salarios desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia de instancia, y a que abone la cantidad de 1.191,00 euros más el 10 % de interés por mora, la representación letrada de la empresa interpone recurso de suplicación formulando cinco motivos destinados a la revisión fáctica y a la censura jurídica. El recurso ha sido impugnado.

Al amparo del artículo 193 b) de la LRJS :

1.-En el primer motivo interesa la revisión del hecho probado primero que no puede prosperar porque la juzgadora da por reproducido el documento que obra al folio nº 71 debiendo estarse al contenido íntegro del mismo.

2.-En el motivo segundo interesa la adición de un hecho basándose en los documentos obrantes a los folios nº 74 a 76, que son correos electrónicos. No puede prosperar porque los mismos, por su naturaleza, no constituye un documento fehaciente dotado de la eficacia y valor probatorio al que se refiere el artículo 326 de la LEC ; ni por lo tanto constituye un instrumento hábil a los efectos de alterar los hechos probados de la sentencia de instancia, sino la expresión escrita de las declaraciones de un tercero, que no pierden este carácter, de manifestación personal, por el hecho de haberse plasmado por escrito. Se trata de un testimonio documentado y por lo tanto sujeto a la libre apreciación y exclusiva valoración del órgano Jurisdiccional de Instancia, pudiendo ser valorado con el resto y en conjunto con los demás elementos probatorios aportados al acto del juicio oral dentro de los parámetros y facultad que otorga el art. 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , en cuyo ámbito esta Sala de Suplicación no puede entrar, y además, en el presente caso, en el hecho probado primero, se tiene por reproducido el contenido de los mismos que obra a los folios 74 a 76.

3.-En el tercer motivo interesa la revisión del hecho probado quinto proponiendo la siguiente redacción:

"A la actora se le abona el 09/10/2015 la cantidad de 1.569 € netos, correspondientes a los 27 días trabajados en el mes de septiembre de 2015. Y el día 11/11/2015 la cantidad de 1.746 € netos, correspondiente a la mensualidad de octubre 2015.

Las cantidades percibidas corresponden a un salario bruto de 1,800 €/mes: el salario bruto correspondiente al mes de septiembre es sobre un bruto de 1.620 € (27 días) al que se aplica, por la modalidad contractual de formación unas deducciones sobre una base de 680,94 € que supone un descuento de 50,40 €, con lo que resulta la cantidad neta de 1.569,60 € percibidos.

En cuanto a octubre, corresponde sobre un bruto de 1.800 € (31 días) al que se le aplica, por la modalidad contractual de formación, unas deducciones sobre una base de 756,60 € que supone una deducción de 54 €, con lo que resulta la cantidad neta de 1.746 € percibidos.

Acumuladamente reclama por el concepto de diferentes salariales en el finiquito 2.046 € de los que 855 € corresponden a preaviso (hecho incontrovertido)" .

La revisión no puede prosperar porque en el hecho probado primero se indica que el salario mensual bruto, con parte proporcional de pagas, asciende a 1.800.00 € que es el que debe tomarse en cuenta, y no la cantidad neta abonada, siendo intrascendente a la cuestión controvertida las deducciones que se hayan podido o debido efectuar, y sin que indique los documentos, con el número de folio, del que se derive la redacción pretendida.

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , en el cuarto motivo alega violación de los artículos 7. 289 , 1281 y 1282 del Código Civil . En síntesis expone que es controvertido que tenga que abonar la cláusula penal contenida en el preacuerdo porque ofrecieron a la trabajadora un contrato para la formación, que fue suscrito, y dado que el mismo no permite formar a quien ya está formado, se hace figurar la categoría de fotógrafo, reconociendo funciones de redactora, con aspiraciones a redactora jefe, y que los actos posteriores revelan que ningún compromiso se suscribió de renunciar la empresa al despido de la actora. En el segundo motivo alega infracción de los artículos 7 del Código Civil y 49.1.k), 54 y 56 del ET . Los motivos se analizan conjuntamente al estar en conexión.

Para la resolución de los motivos debemos partir de los siguientes hechos esenciales, del relato fáctico:

1.-El 4/08/2015, la actora y la empresa firmaron un documento en el que se expuso que la empresa estaba interesada en contratar a la demandante en " régimen general con un contrato de formación" y que la demandante se ha mostrado " receptiva a la posibilidad que LA EMPRESA le ofrece ". Acordaron que la empresa formalizaría el contrato de trabajo " el día 1 de Septiembre de 2015 en las condiciones mencionadas mediante el intercambio de varios de emails, mensaje de texto vía telefónica, conversaciones telefónicas y conversaciones presenciales ", que sería contratada con " una retribución de 21.600 € anuales brutos respetando el horario del convenio colectivo de aplicación ", y que el puesto de trabajo " será el de Redactora con motivación proactiva por ambas partes para ser la Redactora Jefe ", acordando en el artículo 4 que " Para el supuesto de que la EMPRESA no cumpla el compromiso de contratación asumido en el presente documento, se indemnizara a Montserrat con



la cantidad de 13.000 € en concepto de daños y perjuicios .", añadiendo el artículo 5 que " Para el supuesto de que Montserrat no cumpla el compromiso de incorporación a su nuevo puesto de trabajo asumido en el presente documento, se indemnizará a LA EMPRESA con la cantidad de 2.000 € en concepto de daños y perjuicios. " .

El salario de la actora asciende a 1.800,00 €/mes, con prorrata de pagas extraordinarias (hecho probado primero).

2.-El 4/09/2015, se suscribe contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje, indicándose que tiene por objeto la actividad laboral de " fotógrafos, CON: 3731 incluido en el grupo /nivel profesional (...) FORM. 1er año (...) " , con una duración d 12 meses, estableciéndose como período de prueba el que disponga el convenio colectivo de prensa diaria (hecho probado segundo).

3.-Con anterioridad a suscribir el contrato, la demandante prestaba servicios como periodista-redactora para otra empresa. Para la demandada ha prestado servicios como redactora (hecho probado tercero).

4.-La actora es despedida el 10/11/2015, alegando disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal (hecho probado cuarto).

5.-El 9/10/2015, abonaron a la actora la cantidad de 1.569,00 euros y el 11/11/2015, la cantidad de 1.740,00 euros (hecho probado quinto).

Como señala la jurisprudencia en STS de 23/05/1988 :

"(...)se ha de tener en cuenta, que la figura del precontrato, admitida tanto en la doctrina científica como legal, goza de enorme variedad porque constituyéndose en el "inter negocial" depende tanto de la naturaleza del negocio jurídico o contrato a que se ordena como de los diversos modos como las partes encauzan y lleven a efecto la contratación, y así en general se estima que este "pactum de contrahendo", tiene una causa propia, y por ello su incumplimiento da lugar a la indemnización de daños y perjuicios como decide la sentencia recurrida, siguiendo la orientación de esta Sala en sus sentencias de 9 de julio de 1940 , 31 de octubre de 1955 y 2 de mayo de 1984 . Cierto es también, como argumenta el recurso, que este propio Tribunal en sentencias dictadas por la Sala Primera, viene aceptando que el precontrato debe contener los datos esenciales del contrato al que se ordena y las bases necesarias para determinar todos los elementos del futuro pacto y así su incumplimiento no significa que el Juez deba constreñir a la prestación de un consentimiento futuro y, que por inejecutable ha de traducirse en la indemnización de daños y perjuicios. sino que basta con llevar a término el consentimiento ya prestado, así las sentencias de 5 de octubre de 1961 , 2 de marzo de 1965 , 2 de febrero de 1966 . 21 de octubre de 1974 y 30 de diciembre de 1980 , entre otras varias " y en STS de 30/03/1996, recurso nº 2272/95 : "(...)No se trata por tanto de unos contratos de trabajo ya perfeccionados, existentes y plenamente operativos, sino que, como dice con acierto la sentencia recurrida, "nos hallamos ante una oferta o promesa de contrato", es decir ante actos previos o preparatorios de un futuro contrato laboral, que participan de la naturaleza y caracteres propios del mismo, estando totalmente inmersos en el área del Derecho del Trabajo".

En el precontrato se pacta una indemnización a abonar por la empresa de 13.000,00 € en concepto de daños y perjuicios " Para el supuesto de que LA EMPRESA no cumpla el compromiso de contratación asumido en el presente documento (...)". La contratación tenía que ser como redactora y se ha efectuado como " fotógrafos, CON: 3731 incluido en el grupo profesional (...) FORM. 1ER AÑO " , en una categoría que no aparecía en el precontrato. La empresa conocía la competencia profesional de la demandante que estaba prestando servicios en otra empresa como periodista-redactora y para la demandada ha venido prestando servicios como redactora, no como fotógrafo; tenía una preocupación, lógica, de asegurarse una cierta duración en la futura contratación, pues desempañaba actividad en otra empresa con la categoría ya indicada, y cubrir las expectativas que le habían prometido, y con el despido se frustra de manera inmotivada su expectativa en la duración de la contratación efectuada. La cláusula indemnización se introduce como garantía de una cierta estabilidad en el empleo, entenderlo de otro modo significaría que al día siguiente de suscribir el contrato pueda extinguirse el mismo, sin indemnización porque estaba en periodo de prueba, según el contrato, con lo que el efecto es como si no se hubiese estipulado la indemnización en concepto de daños y perjuicios. Se dice en los correos electrónicos "No te preocupes en absoluto por el tema de la formación es un formalismo", lo mismo que el periodo de prueba y con la cualificación profesional, " El contrato de formación no permite contratemos a una periodista para ser periodista, por eso pone esa frase. Pero de nuevo es un formalismo. Te contrataríamos como informática, por ejemplo. Pero en todas partes consta que eres Redactora con aspiración al cargo de Redactora Jefe ". La voluntad de las partes es fijar la indemnización para el caso de extinción del contrato pues en ningún momento existió la voluntad de que se desarrollase el contrato de formación y el aprendizaje, que se utiliza como pantalla que cubre la realidad de la prestación efectuada que era la querida por las partes en el precontrato, La empresa ofrece el modelo de contrato para la formación y el aprendizaje por una cuestión meramente formal, como se deduce de los correos electrónicos, ya que realmente se estaba tratando de que estaría vinculada por un contrato acorde a su categoría de redactora " con motivación proactiva por ambas



partes para ser la Redactora Jefe", sin que conste que haya formado a la trabajadora ni como redactora ni como fotógrafo. Lo expuesto lleva a desestimar el recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa contra la sentencia de fecha 21 de febrero de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid, en autos nº 1299/2015, seguidos a instancia de Montserrat contra REASON WHY WORLD GROUP SL, en reclamación por DESPIDO, confirmando la misma, condenando a la empresa a la pérdida del depósito y consignación efectuados para recurrir y a que abone a la parte impugnante del recurso la cantidad de 600 euros en concepto de honorarios de Abogado.

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 2827-0000-00-0677-17 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 2827-0000-00-0677-17.

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.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.