

Roj: **STSJ GAL 5171/2019 - ECLI: ES:TSJGAL:2019:5171**

Id Cendoj: **15030340012019103553**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2019**

Nº de Recurso: **2922/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JUAN LUIS MARTINEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA -SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO**

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

**Tfno:** 981-184 845/959/939

**Fax:** 881-881133/981184853

**NIG:** 15036 44 4 2018 0001032

Equipo/usuario: MM

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPPLICACION 0002922 /2019-RMR**

Procedimiento origen: **DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000514 /2018**

Sobre: **DESPIDO DISCIPLINARIO**

**RECURRENTE/S D/ña** Estefanía

**ABOGADO/A:** ANGEL SANCHEZ-CENDAL ABELEDO

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:** Luis Andrés

**ABOGADO/A:** RAMON JOAQUIN ALVAREZ MARIAS

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

ILMO. SR. D. JOSÉ MANUEL MARIÑO COTELO

ILMO. SR. D. JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ

ILMO. SR. D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA

A CORUÑA, A VEINTE DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECINUEVE.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, 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

**SENTENCIA**

En el RECURSO SUPPLICACION 0002922 /2019, formalizado por el LETRADO D. ANGEL SÁNCHEZ-CENDAL AVELEDO, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE D<sup>a</sup> Estefanía, contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de FERROL en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000514 /2018, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D<sup>a</sup> JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D/D<sup>a</sup> Estefanía presentó demanda contra Luis Andrés, habiendo intervenido el Ministerio Fiscal, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha catorce de diciembre de dos mil dieciocho.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

"PRIMERO.- Estefanía, con DNI nº NUM000, prestó servicios retribuidos bajo la dependencia de Luis Andrés con una antigüedad de 18.4.2018, categoría profesional de camarera, y salario diario regulador de 35,34 euros incluida la prorrata de pagas extras con jornada de 32 horas semanales. - SEGUNDO.- Resulta de aplicación el Convenio Colectivo del sector de Hostelería de la provincia de A Coruña (código de convenio núm. 15000745011981) publicado en el BOP AC el 18.7.2017 y corrección de errores de la tabla salarial publicada en el BOP el 2.3.2018. - TERCERO.- El empresario demandado y la actora contactaron a través de la aplicación Job Today al haber insertado aquél un anuncio el 29.3.2018 en que indicaba que necesitaba camarera. Concertaron las partes una entrevista, señalando el empresario el 3.4.2018 a través de la citada plataforma que buscaba una persona responsable, implicada que regentase el local en los turnos que él no estuviese. - CUARTO.- La actora inició la prestación de servicio el 18.4.2018 pero firmó contrato temporal en su modalidad de eventual por circunstancias de la producción en fecha 25.4.2018, haciendo constar una categoría de camarera y una jornada de 32 horas semanales con salario conforme a Convenio. Figuraba como causa del contrato "atención al público por acumulación de reservas". - QUINTO.- La actora era la única trabajadora que prestaba servicios en el bar, que era un establecimiento de pequeñas dimensiones con administración de loterías y en el que se servían ocasionalmente tapas con las consumiciones (no comidas). La actora recepcionaba pedidos, realizaba cierres de caja, y cerraba el establecimiento. - SEXTO.- La actora confeccionaba las hojas de registro de entrada y salida y las firmaba. - SÉPTIMO.- El 15.6.2018 la actora envió a través de la aplicación Whatsapp al demandado mensajes con el siguiente contenido "A ver si podemos hablar sobre las vacaciones"; "Avisa cuando tengas 5 minutos para hablar de las vacaciones por fa"; "Dime algo de los días que puedes darme de la semana que viene o si me repartes la semana de vacaciones en las dos semanas".- El día 17.6.2018 la actora envía el siguiente mensaje al empresario "Luis Andrés la carne de la fabada?", contestando aquél "no tenía pensado hacer fabada...pocha la cebolla" y a continuación "si ves que se pasa quitála si no llegué todavía".- El mismo día la actora le envía un mensaje a las 18:24 horas señalando que cuando pudiera le gustaría hablar con él. A las 22:28 envía otro con el siguiente texto "Avísame mañana si me despides o si vengo el martes en el horario del contrato", contestando el demandado "Ok. Mañana hablo con la gestoría y t comento, supongo q quieres q t eche, pq lo de las horas lo sabias desde el principio y ahora no va a cambiar porque quieras tu, obviamente... Podríamos arreglar de otra manera pero no lo veo...".- La actora contesta "Yo hago generalmente 45 h semanales mínimo y lo sabes, creo que lo justo es que me cambies el contrato a 40 horas y me pagues por 40 h. Pero trabajar 45 h y cobrar por 32 h no lo veo nada justo".- Al día siguiente 18.4.2018 el empresario le remite mensaje indicando que se pase por la tarde a las 16:30 horas y concretarían el despido, añadiendo "Obviamente no puedo aceptar lo q pides por qué, repito las condiciones ya las sabias de un principio, si no estás de acuerdo ahora (no sé porque) pues t deberías ir tú, pq tú eres la q falta a la palabra, q ya veo q no vale nada. Sino pues t despido y punto (...)".- OCTAVO.- La actora acudió al día siguiente 19.4.2018 a la gestoría en la que firmó boletín de preaviso de fin de contrato temporal que llevaba por fecha 2.6.2018, y en que indicaba que con fecha 17.6.2018 finalizaba el contrato de trabajo suscrito entre ambas partes. La actora firmó dicho preaviso así como el documento de liquidación y finiquito sin dejar constancia de ninguna reserva o falta de conformidad.- NOVENO.- La parte actora promovió acto de conciliación ante el servicio de conciliación correspondiente en fecha 4.7.2018 por despido, intentándose el preceptivo acto de conciliación el 20.7.2018, que finalizó con el resultado de intentada sin efecto".

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:



"Que, estimando parcialmente la demanda sobre despido presentada Estefanía, frente a Luis Andrés y con la intervención del MINISTERIO FISCAL, debo absolver y absuelvo al demandado de la pretensión de nulidad del despido, y debo declarar y declaro improcedente el despido con fecha de efectos de 19.4.2018, condenando a la empresa demandada a optar entre:

1) la readmisión de la actora en iguales condiciones a las que regían con anterioridad al despido, con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido, el 19.4.2018, hasta la notificación de la presente sentencia o hasta que hubieran encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a esta sentencia, y se probase por el empresario lo percibido, de acuerdo con el salario regulador diario de 35,34 euros; 2) o a abonarle una indemnización por importe de 291,56 euros, sin el pago de los salarios de tramitación".

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda formulada por la demandante, absolviendo al demandado de la pretensión de nulidad del despido, declarando improcedente el despido con fecha de efectos de 19.04.2018 y condenando a la empresa a optar entre la admisión en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, con abono de salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, de acuerdo con un salario regulador de 35,34 euros o a abonarle una indemnización por importe de 291,56 euros.

Contra dicha resolución interpone recurso de suplicación el letrado de la parte demandante, en cuyo primer motivo, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la L.R.J.S., postula la revisión de los hechos declarados probados en la resolución recurrida, en concreto:

a) La adición al ordinal séptimo de una circunstancia que, a juicio de la parte recurrente, está documentalmente acreditada, del siguiente tenor literal: "Al día siguiente Al día siguiente 18.6.2018, como represalia a la solicitud del trabajador al empresario del cobro de las horas extraordinarias o disfrutar del descanso (vacaciones) el empresario le remite mensaje indicando que se pase por la tarde a las 16:30 horas y concretarían el despido, añadiendo "Obviamente no puedo aceptar lo q pides por qué, repito las condiciones ya las sabias de un principio, si no estás de acuerdo ahora (no sé porque) pues t deberías ir tú, pq tú eres la q falta a la palabra, q ya veo q no vale nada. Sino pues t despido y punto (...)".

b) La modificación del ordinal noveno para el que propone el siguiente texto alternativo: "9º.- La parte actora promovió acto de conciliación ante el servicio de conciliación correspondiente en fecha 4.7.2018 por despido, intentándose el preceptivo acto de conciliación el 20.7.2018, que finalizó con el resultado de intentada sin efecto, al no haber comparecido el empleador, D. Luis Andrés ."

La revisión postulada no puede encontrar favorable acogida, en el primer caso, porque trata de incorporar expresiones de contenido estrictamente jurídico y claramente predeterminantes del fallo. Y en cuanto a la modificación del ordinal noveno, porque carece de relevancia para alterar el signo del pronunciamiento, por lo que a continuación se dirá al analizar la cuestión jurídica.

**SEGUNDO.-** Al amparo del apartado c) del mencionado artículo 193 de la L.R.J.S., denuncia la infracción por interpretación errónea de los artículos 24 de la Constitución Española, en su vertiente del derecho a la indemnidad, al considerar que la decisión empresarial de proceder al despido responde a un acto de represalia por el hecho de haber mostrado el trabajador su reticencia a seguir realizando horas extraordinarias sin cobrar o sin disfrutar de días de descanso y como consecuencia de este hecho, el empresario despide al trabajador.

El indicio que presenta la parte recurrente es el intercambio de Whatsaps a que alude el hecho probado séptimo, según el cual, el día 15.6.2018 la actora envió a través de la aplicación Whatsapp al demandado mensajes con el siguiente contenido "A ver si podemos hablar sobre las vacaciones"; "Avisa cuando tengas 5 minutos para hablar de las vacaciones por fa"; "Dime algo de los días que puedes darme de la semana que viene o si me repartes la semana de vacaciones en las dos semanas".- El día 17.6.2018 la actora envía el siguiente mensaje al empresario " Luis Andrés la carne de la fabada?", contestando aquél "no tenía pensado hacer fabada...pocha la cebolla" y a continuación "si ves que se pasa quítala si no llegué todavía".- El mismo día la actora le envía un mensaje a las 18:24 horas señalando que cuando pudiera le gustaría hablar con él. A las 22:28 envía otro con el siguiente texto "Avísame mañana si me despiden o si vengo el martes en el horario del contrato", contestando el demandado "Ok. Mañana hablo con la gestoría y t comento, supongo q quieres q t eche, pq lo de las horas lo sabias desde el principio y ahora no va a cambiar porque quieras tu, obviamente...Podríamos arreglar de otra manera pero no lo veo...".- La actora contesta "Yo hago generalmente 45 h semanales mínimo y lo sabes, creo que lo justo es que me cambies el contrato a 40 horas y me pagues por 40 h. Pero trabajar 45 h y cobrar por



32 h no lo veo nada justo".- Al día siguiente 18.4.2018 el empresario le remite mensaje indicando que se pase por la tarde a las 16:30 horas y concretarían el despido, añadiendo "Obviamente no puedo aceptar lo q pides por qué, repito las condiciones ya las sabias de un principio, si no estás de acuerdo ahora (no sé porque) pues t deberías ir tú, pq tú eres la q falta a la palabra, q ya veo q no vale nada. Sino pues t despido y punto (...)"

A la vista de lo expuesto, no se aprecia vulneración de la garantía de indemnidad, pues para que se produzca la conducta empresarial vulneradora de la misma, necesariamente ha de ir precedida del ejercicio, por parte de la trabajadora, de una acción judicial o de actos preparatorios o previos o reclamaciones extrajudiciales que, en el supuesto de autos por lo arriba relatado no se ha producido. Pues en ningún momento la trabajadora manifiesta, siquiera, su intención de reclamar o de entablar acciones. Constando que la actora acudió al día siguiente a la gestoría en la que firmó boletín de preaviso de fin de contrato y en el que indicaba que con fecha 17.06.2018 finalizaba el contrato de trabajo suscrito entre las partes, firmando la actora el documento de liquidación y finiquito, sin dejar constancia de ninguna reserva o falta de conformidad.

Todo lo cual nos lleva a considerar, en coincidencia con lo decidido en la sentencia de instancia, que no se produjo vulneración del derecho a la garantía de indemnidad, lo que impide el éxito de la pretensión de declarar nulo el despido.

**TERCERO.**- Bajo el mismo amparo procesal denuncia la parte recurrente la infracción del artículo 63.3 del Estatuto de los Trabajadores, al considerar que al no haber comparecido la parte demandada al acto de conciliación ante el SMAC de Ferrol, a pesar de estar debidamente citado, deberían habersele impuesto las costas del proceso.

El invocado artículo establece "Si no compareciera la otra parte, debidamente citada, se hará constar expresamente en la certificación del acta de conciliación o de mediación y se tendrá la conciliación o la mediación por intentada sin efecto, y el juez o tribunal impondrán las costas del proceso a la parte que no hubiere comparecido sin causa justificada, incluidos honorarios, hasta el límite de seiscientos euros, del letrado o graduado social colegiado de la parte contraria que hubieren intervenido, *si la sentencia que en su día dicte coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación.*

En el supuesto enjuiciado no se da la exigencia de coincidir con la pretensión de declarar nulo el despido, ya que la sentencia de instancia absuelve a la empresa demandada de la pretensión de nulidad del despido y lo declara improcedente.

En consecuencia es procedente la desestimación del recurso de suplicación formulado por la parte demandante y la confirmación de la resolución recurrida.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación formulado por Dña. Estefanía , contra la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de Ferrol, en el procedimiento 514/2018, sobre despido, confirmando la expresada resolución.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del **37** ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 \*\*\*\* ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.



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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.