

## JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 4 DE SANTANDER

**CVE-2018-4592** *Notificación de sentencia 149/2018 en procedimiento de despido 169/2018.*

### SENTENCIA nº 149/2018

En Santander, a 10 de mayo de 2018.  
Magistrado: D. Óscar Ferrer Cortines.  
Procedimiento: Despido 169/2018.  
Objeto: Despido improcedente.

Parte actora:

—D. José Manuel Encarnación Suero.  
Abogado/a: D. Eduardo Porcelli Flor.

Parte/s demandada/s:

—D.<sup>a</sup> Katia Garrido Fernández.

Interviniente:

— FOGASA

Letrado del FOGASA: D. Miguel Ángel Marcos.

### ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Demanda.

El presente procedimiento se inició en virtud de demanda presentada con fecha 14 de marzo de 2018 en la que la parte actora solicitó que se declarara la improcedencia del despido.

Segundo. Juicio.

El juicio se celebró con fecha 9 de mayo de 2018.

Al juicio no compareció la parte demandada.

La parte actora se ratificó en la demanda.

El FOGASA expuso sus alegaciones.

Se admitió la prueba documental y el interrogatorio de la parte actora. Se denegó el interrogatorio de la parte demandada.

Tras la práctica de la prueba, las partes emitieron sus conclusiones ratificándose en sus posiciones iniciales y quedó el pleito visto para sentencia.

### HECHOS PROBADOS

Primero. Circunstancias de la relación laboral.

D. José Manuel Encarnación Suero ha prestado sus servicios para D.<sup>a</sup> Katia Garrido Fernández con las siguientes circunstancias laborales:

— Categoría profesional: ayudante de cocina.

LUNES, 21 DE MAYO DE 2018 - BOC NÚM. 98

— Salario: 39,02 euros diarios brutos con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

— Fecha de efectos del despido: 2 de febrero de 2018.

— El trabajador no ha ostentado en el año anterior al despido, la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

— A la relación laboral resulta de aplicación el Convenio Colectivo de Hostelería se Cantabria.

(Medios de prueba: contrato de trabajo y datos de la Seguridad Social).

Segundo. Antigüedad.

D. José Manuel Encarnación Suero comenzó a prestar servicios para D.ª Katia Garrido Fernández el 18 de enero de 2018, si bien la empresaria le dio de alta en la Seguridad Social el 1 de febrero de 2018.

Con fecha 2 de febrero de 2018 D. Israel Iglesias Torre, pareja de D.ª Katia Garrido Fernández, se comprometió a abonar a D. José Manuel Encarnación Suero la nómina del mes de enero.

(Medios de prueba: datos de la Seguridad Social e interrogatorio del demandante).

Tercero. Baja en la Seguridad Social del trabajador y empresa.

D.ª Katia Garrido Fernández dio de baja en la Seguridad Social a D. José Manuel Encarnación Suero el 2 de febrero de 2018, haciendo constar como causa de la baja la no superación del periodo de prueba.

El mismo día la empresa se dio de baja en la Seguridad Social.

(Medios de prueba: información de la Seguridad Social).

Cuarto. Trabajo posterior al 2 de febrero de 2018.

D. José Manuel Encarnación Suero prestó servicios para la empresa MAGEDOMA, S. L. del 5 de febrero al 3 de abril, y desde el 6 de abril de 2018; y para la empresa ÁREAS DE SERVICIO GORNAZO, desde el 7 de mayo de 2018.

(Medios de prueba: información de la Seguridad Social).

Quinto. Conciliación.

Previa a la interposición de la demanda tuvo lugar acto de conciliación con el resultado de intentado sin efecto, no constando la devolución del acuse de recibo de la citación de la empresa.

(Medios de prueba: acta de conciliación).

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Valoración de los hechos probados.

Los "hechos probados" han resultado acreditados en virtud de los medios probatorios en ellos reseñados.

En particular, los dos extremos de mayor controversia -fecha de inicio de la prestación de servicios y causa de extinción del contrato- han resultado acreditados conforme a los siguientes razonamientos:

1- Fecha de inicio de la prestación laboral.

Aunque en la Seguridad Social figura el alta el 01 de febrero de 2018, el inicio de la prestación de servicios fue anterior, siendo verosímil la apuntada por el demandante -18 de enero de 2018-.

LUNES, 21 DE MAYO DE 2018 - BOC NÚM. 98

En primer lugar, existe un documento elaborado por D. Israel Iglesias Torre, pareja de D.<sup>a</sup> Katia Garrido Fernández, por el que se compromete a abonar a D. José Manuel la nómina del mes de enero. Reconocimiento expreso, pues, de la prestación de servicios en dicho mes.

En segundo lugar, resulta extraño y sin explicar, que la empresa le hubiera dado de alta solo un día, y al día siguiente le dé de baja por no superación del periodo de prueba, al mismo tiempo que la propia empresa causa baja también en la Seguridad Social.

En tercer lugar, el interrogatorio del demandado ofreció una versión detallada, coherente y espontánea del desarrollo de la prestación de servicios desde el citado día 18 de enero de 2018.

Un último indicio lo constituye que en el periodo reclamado no consta de alta en ninguna otra empresa.

2- Causa de la extinción del contrato de trabajo.

Aunque formalmente consta que D.<sup>a</sup> Katia Garrido Fernández dio de baja en la Seguridad Social a D. José Manuel Encarnación Suero el 02 de febrero de 2018 por no superación del periodo de prueba, todo indica que la causa real obedeció al cierre de la empresa. Extremo no solo referido por el demandante, sino constatado por la baja en la Seguridad Social de la empresa.

Segundo. Despido improcedente. Despido tácito.

La baja en la Seguridad Social del trabajador que efectuó la empresa constituye un despido tácito, es decir, derivado de hechos o conductas concluyentes de la empresa reveladoras de su intención de resolver el contrato de trabajo.

El despido tácito es una elaboración jurisprudencial que requiere para su existencia que concurren "hechos o conductas concluyentes" reveladores de una intención de la empresa de resolver el contrato (SSTS de 05 mayo 1988, 04 julio 1988, 23 febrero 1990 y 03 octubre 1990, entre otras). La admisión de la figura del despido tácito evita la paradoja de que quien de hecho ha sido cesado y no recibe el salario estipulado jamás podría accionar por despido (STS de 4 de diciembre de 1989).

Producido el despido tácito, este es improcedente por incumplimiento de los requisitos formales, pues el despido debe ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos, conforme al art. 55.1 ET, según el cual, la adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes: a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.

Por tanto, la Ley exige que el despido, en cuanto manifestación de voluntad extintiva por parte del empresario, se formalice por escrito (carta de despido), en la que han de figurar los hechos que lo motivan y la fecha a partir de la cual tendrá efecto, con la finalidad de: 1º) dar a conocer al trabajador los cargos que motivan el despido a fin de que pueda impugnarlos, proponiendo las pruebas que considere oportunas (SSTS de 18 de enero de 2000, 28 de abril de 1997 y de 28 de junio de 1985; 2º) delimitar los términos de la controversia judicial, al no poder alegar el empleador hechos distintos de los recogidos en la carta de despido (SSTS de 18 de mayo de 1990 y 07 de febrero de 1990); 3º) fijar el dies a quo o momento a partir del cual comienza a computarse el plazo del que dispone el trabajador despedido para reclamar en caso de disconformidad con la decisión empresarial; y 4º) acreditar la situación legal de desempleo (STSJ de Castilla La Mancha, Social, de 15 de octubre de 2013).

La consecuencia del incumplimiento de este requisito, como ya hemos apuntado, es que el despido ha de calificarse como improcedente, conforme al 4 del art. 55 ET, según el cual: El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1.

En el mismo sentido, el art. 108.1 LRJS: Será calificado como procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación. En caso

CVE-2018-4592

LUNES, 21 DE MAYO DE 2018 - BOC NÚM. 98

contrario, o en el supuesto en que se hubieren incumplido los requisitos de forma establecidos en el número 1 del artículo 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, será calificado como improcedente.

Tercero. Estimación de la demanda y efectos de la sentencia. Extinción anticipada.

Por lo expuesto, procede estimar la demanda y, en consecuencia, conforme a los arts. 55.1 y 4 ET. y 108 LRJS, se declara la improcedencia del despido, si bien con los efectos legales del art. 110.1.b LRJS, derivados de la imposibilidad de la readmisión por cierre definitivo de la empresa

Dispone el referido art. 110.1.b:

A solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia.

La aplicación de este precepto exige el cumplimiento de dos requisitos (STS de 21 de julio de 2016), que en el presente caso han resultado acreditados:

a) Que la extinción de la relación laboral sea solicitada expresamente por el trabajador demandante.

b) Que en el acto del juicio se acredite la imposibilidad de su readmisión por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal (baja de la empresa en la Seguridad Social con fecha 28 de febrero de 2017).

Conforme a la prescripción legal, la indemnización se calculará hasta la fecha de la sentencia; y, en lo concerniente a los salarios de tramitación, el trabajador tiene derecho a percibirlos desde la fecha del despido hasta la fecha de la sentencia que declare la extinción de la relación laboral (STS de 21 de julio de 2016).

En el presente caso, la indemnización asciende a 429,22 euros (aplicación del CGPJ), conforme a los salarios -39,02 euros- y antigüedad -18 de enero de 2018- acreditados; y los salarios de tramitación, a 156,08 euros (39,02 euros día x 4 días -3 y 4 de febrero, y 4 y 5 de abril-).

Cuarto. Recursos, depósitos y consignaciones.

La presente sentencia es recurrible en suplicación, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 191.3: Procederá en todo caso la suplicación: a) En procesos por despido o extinción del contrato, salvo en los procesos por despido colectivo impugnados por los representantes de los trabajadores.

La interposición del recurso requerirá la constitución de los depósitos y consignaciones previstos en la Ley.

En particular, el depósito para recurrir se constituirá en los términos previstos en el art. 229 LRJS:

1. Todo el que, sin tener la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, anuncie recurso de suplicación o prepare recurso de casación, consignará como depósito:

a) Trescientos euros, si se trata de recurso de suplicación.

b) Seiscientos euros, si el recurso fuera el de casación incluido el de casación para la unificación de doctrina.

2. Los depósitos se constituirán en la cuenta de depósitos y consignaciones correspondiente al órgano que hubiere dictado la resolución recurrida. El secretario judicial verificará en la cuenta la realización del ingreso, debiendo quedar constancia de dicha actuación en el procedimiento.

CVE-2018-4592

LUNES, 21 DE MAYO DE 2018 - BOC NÚM. 98

3. Los depósitos cuya pérdida hubiere sido acordada por sentencia se ingresarán en el Tesoro Público.

4. El Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, estarán exentos de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

Y la consignación para recurrir se ingresará en los términos del art. 230.1 LRJS:

Consignación de cantidad. 1. Cuando la sentencia impugnada hubiere condenado al pago de cantidad, será indispensable que el recurrente que no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita acredite, al anunciar el recurso de suplicación o al preparar el recurso de casación, haber consignado en la oportuna entidad de crédito y en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta a nombre del órgano jurisdiccional, la cantidad objeto de la condena, pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito. En este último caso, el documento de aseguramiento quedará registrado y depositado en la oficina judicial. El secretario expedirá testimonio del mismo para su unión a autos, facilitando el oportuno recibo.

En el caso de condena solidaria, la obligación de consignación o aseguramiento alcanzará a todos los condenados con tal carácter, salvo que la consignación o el aseguramiento, aunque efectuado solamente por alguno de los condenados, tuviera expresamente carácter solidario respecto de todos ellos para responder íntegramente de la condena que pudiera finalmente recaer frente a cualquiera de los mismos.

Cuando la condena se haya efectuado por primera vez en la sentencia de suplicación, o se haya incrementado en la misma la cuantía previamente reconocida en la sentencia de instancia, la consignación o aseguramiento regulados en el presente artículo se efectuarán por primera vez, o se complementarán en la medida correspondiente, al preparar el recurso de casación.

#### FALLO

En atención a lo expuesto, se estima la demanda interpuesta por D. José Manuel Encarnación Suero contra D.<sup>a</sup> Katia Garrido Fernández y, en consecuencia:

- 1- Se declara la improcedencia del despido efectuado al día 2 de febrero de 2018.
- 2- Se declara extinguida la relación laboral a fecha del dictado de esta sentencia -10 de mayo de 2018-.
- 3- Se condena a D.<sup>a</sup> Katia Garrido Fernández a abonar a D. José Manuel Encarnación Suero la cantidad de 429,22 euros de indemnización más 156,08 euros de salarios de tramitación.

Con las consecuencias legales de estos pronunciamientos para el interviniente FOGASA.

#### ADVERTENCIAS LEGALES

Medios de impugnación.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer RECURSO DE SUPPLICACIÓN para ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que deberá anunciarse en este Órgano Judicial dentro del plazo de CINCO DÍAS contados desde el siguiente a su notificación.

LUNES, 21 DE MAYO DE 2018 - BOC NÚM. 98

Depósito para recurrir.

Para la admisión del recurso se deberá acreditar al anunciarse el mismo haber constituido un depósito de 300 € en la Cuenta depósitos y Consignaciones de este Órgano abierta en el Banco Santander nº 3855000065005218, a través de una imposición individualizada indicando el tipo de recurso, salvo que el recurrente tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, sea beneficiario de justicia gratuita, sindicatos, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidades locales, las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales.

Consignación para recurrir.

Si recurriese la demandada no beneficiaria de justicia gratuita deberá consignar además el importe total de la condena en ingreso individualizado por tal concepto.

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

Santander, 10 de mayo de 2018.

El magistrado,  
Óscar Ferrer Cortines.

2018/4592