

Juzgado de lo Social

JS de Málaga (Comunidad Autónoma de Andalucía) Sentencia num. 180/2023 de 31 mayo

JUR\2023\241682

Despido colectivo y empresas en dificultades. Extranjeros.

ECLI:

Jurisdicción: Social

Procedimiento 14/2023

Ponente: Ilmo. Sr. D. María José Beneito Ortega

JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 5 DE MÁLAGA

SENTENCIA Nº 180/2023

En la ciudad de Málaga a 31 de mayo de 2023

D^a María José Beneito Ortega Magistrada- Juez del Juzgado de lo Social nº 5 de esta ciudad y su provincia, vistos los autos nº 14/2023 sobre despido, seguidos a instancia de D^a SARA contra YUANQUAN GRUPO DE INVERSIÓN CULTURAL S.L., siendo parte el Ministerio Fiscal

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero:

Que por D^a Sara se presentó demanda por despido y reclamación de cantidad que fue turnada a este Juzgado el día 5.01.2023 solicitando se declarase nulo o subsidiariamente improcedente. Que la demanda se tuvo por admitida a trámite ordenándose citar a las partes a los actos de conciliación y juicio.

Segundo:

Que emplazadas las partes correctamente a los actos de conciliación y juicio y una vez fracasada la conciliación, el juicio se celebró en la Sala del juzgado el día fijado compareciendo las partes, no compareciendo el FOGASA que había sido emplazado. La parte actora tras ratificarse en la demanda solicitó que se dictara sentencia conforme al suplico de la misma previo recibimiento del pleito a prueba; la demandada se opuso a la demanda en base a las alegaciones que obran en autos solicitando el recibimiento del pleito a prueba. Que recibido el pleito a prueba se practicaron por su orden las pruebas propuestas y admitidas con el resultado que obra en autos; tras lo cual las partes concluyeron en defensa de sus pretensiones, el Ministerio Fiscal concluyó que había existido vulneración de derechos, declarándose en dicho acto del juicio concluso para sentencia.

HECHOS PROBADOS

1.-

D^a Sara ha venido prestando servicios para YUANQUAN GRUPO DE INVERSIÓN CULTURAL S.L desde el 20 de mayo de 2022 con la categoría de profesora adjunta y un salario mensual de 1.330,51 euros con pagas extra.

2.-

Las partes firmaron un contrato temporal fechado el 13 de septiembre de 2022 y una conversión en indefinido el 18 de noviembre de 2022 , la empresa cursó el alta de la actora en TGSS con fecha 14 de septiembre de 2022.

3.-

La empresa se dedica a la enseñanza de formación , su administrador es don Francisco , la actora prestaba servicios en una academia de idiomas de lunes a sábado .

4.-

La actora era titular de una autorización de residencia inicial para búsqueda de empleo concedida por la Subdelegación del Gobierno con una vigencia de 04/11/2021 a 03/11/2022 sin autorización para trabajar. Con fecha 26/10/2022 la actora presentó solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena y por resolución de 31 de octubre de 2022 se declaró la indamisión a trámite . El 2 de noviembre de 2022 YUANQUAN GRUPO DE INVERSIÓN CULTURAL S.L presentó solicitud de modificación a residencia temporal y trabajo cuenta ajena inicial que admitida a trámite el 11 de noviembre , se requirió a la empresa una serie de documentos y el abono de una tasa .Con fecha 30 de enero de 2023 la actora solicitó autorización de residencia por circunstancias excepcionales que el fue concedida por resolución del Subdelegado de Gobierno de fecha 17 de febrero de 2023 por doce meses .

5.-

La empresa le había ofrecido regularizar su situación , a través de una gestoría que le requirió el pago de la tasa y con quien la actora mantenía comunicación y después de tener noticia de la resolución de la subdelegación , requiriendo la aportación de documentos , le expresó el día 18 de noviembre de 2022 "ya no trabajaremos más hasta que me den el permiso "

6.-

El día 19 de noviembre no fue a trabajar y el día 20 de noviembre de 2022 (domingo) la actora acudió al centro de trabajo sobre las 12.00 horas para aclarar sus condiciones , allí se encontraba el administrador y otra persona de la empresa , su esposa , la actora mantenía que llevaba trabajando seis meses sin autorización y

que no presentaban la documentación , hubo insultos y la empresa decidió que en esas condiciones no se podía trabajar .

7.-

La actora presentó una denuncia por lesiones , se dictó sentencia por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Torremolinos el 23 de noviembre de 2022 , que no es firme , absolviendo a don Francisco y a su esposa .

8.-

El día 20 de noviembre de 2022 la actora acudió a urgencias sobre las 13.22 horas , presentando lesiones eritematosas en glúteo y crisis de ansiedad .

9.-

La empresa dejó de abonar 444 euros , por las diferencias salariales desde junio a noviembre de 2022.

10.-

Que el día 28 de diciembre de 2022 se celebró acto de conciliación ante el CMAC en virtud de papeleta presentada el 13.12.2022 con el resultado de intentado sin efecto .

11-

Que la demanda se presentó el día 4.01.2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero:

La parte actora formula demanda por despido alegando que ha estado trabajando desde el 20 mayo de 2022 hasta el 20 de noviembre de 2022. La empresa no niega la existencia de la relación laboral , pero se opone a la antigüedad 13 de septiembre de 2022 . De la documental aportada (folios 85- 88) se desprende que las partes firmaron un contrato temporal de fecha 13 de septiembre de 2022 en el que se indicaba como fecha de inicio el 14 de abril de 2022 ,la empresa cursó el alta en Tesorería el 14 de septiembre de 2022 , aportando un contrato de conversión en indefinido el 18 de noviembre de 2022 (folios 89 a 96) .Aunque se indique que fue un error la fecha señalada , la parte atora ha acreditado por el audio , no impugnado, que comenzó a prestar servicios con anterioridad (03.16) al reconocerse que estuvo a prueba, correspondía a la empresa acreditar el horario del centro que afirmaba cerraba en verano . En cuanto al salario 1.330,51 euros , es el que se fija pues el postulado por la empresa de 1.101,24 es inferior al salario al Convenio de Enseñanza y Formación no reglada .En cuanto a la jornada no hay prueba que acredite la que se postula .

Segundo.-

En cuanto al hecho del despido , la empresa afirmó que hubo dimisión el día 18 de noviembre de 2022 al amparo del [art 49.1 d\)](#) del [ET \(RCL 2015, 1654\)](#) .

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha señalado que esa dimisión o voluntad unilateral del trabajador, de extinguir el vínculo contractual que le une a su empresario, puede manifestarse de forma expresa o de manera tácita. Es decir, mediante signos escritos u orales dirigidos al empresario, pues se trata de una decisión recepticia; o mediante un comportamiento del cual cabe deducir esa intención extintiva. La dimisión del trabajador -continúa señalando el Alto Tribunal- no es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal, basta que la conducta seguida por el mismo manifieste de modo indiscutido su opción por la ruptura o extinción de la relación laboral. Y exige como necesaria una voluntad del trabajador clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito. Puede ser expresa o tácita; pero en este caso ha de manifestarse por hechos concluyentes, es decir, que no dejen margen alguno para la duda razonable sobre su intención y alcance. En particular, cuando el comportamiento alegado por el empresario es lo que suele llamarse un abandono del trabajo es preciso que se produzca una actuación del trabajador que, de manera expresa o tácita, pero siempre clara y terminante, demuestre su deliberado propósito de dar por terminado el contrato, lo que requiere una manifestación de voluntad en este sentido o una conducta que de modo concluyente revele el elemento intencional decisivo de romper la relación laboral (sentencia de la Sala citada, de 27 de junio de 2001, recaída en recurso de casación para la unificación de doctrina). La doctrina también ha señalado que no cabe confundir la dimisión (acto unilateral extintivo) con el preaviso (requisito legal fundado básicamente en las exigencias de la buena fe), que es el que determina -a su término- la «eficacia real» del desistimiento unilateral del trabajador, por lo que no parece razonable aplicar las mismas posibilidades de actuación de la voluntad -léase rectificación y/o aceptación- en una y otra fase, que el principio de conservación del negocio, Sentencia de 07/12/09 , que inspira toda la normativa laboral y muy particularmente informa la extinción del contrato de trabajo, aconseja admitir -al menos en ciertas circunstancias- la retractabilidad en la decisiones extintivas, tanto proceda el desistimiento contractual de la voluntad del empresario, cuanto de la del trabajador; y finalmente, el principio de la buena fe , tiene una mayor significación en esta rama del Derecho -laboral- más que en cualquier otra, habida cuenta de que estamos en presencia de una relación contractual de naturaleza continuada, con una singular implicación del componente personal y una consustancial contraposición de intereses; prueba de ello lo constituyen las numerosas referencias que al mismo se hacen en la normativa estatutaria: arts. 5.a), 20.2, 21.1, 54.2.d)... ET. Principio éste de la buena fe que por apuntar -en definitiva- al respeto mutuo de los recíprocos intereses de las partes, no solamente debe exigirse en la constitución del vínculo y en el desarrollo de la relación laboral, sino que con mayor fuerza ha de imperar -se mantiene en doctrina con toda razonabilidad- en la fase extintiva del contrato. Y este principio de buena fe, entendido en la forma antedicha, apoya con fuerza la posible retractación de la decisión de dar por concluido el contrato, en aquellos casos -este es el límite de

actuación- en los que ese cambio en la voluntad extintiva no irroque perjuicio sustancial a la otra parte o a terceros; lo que supone -tratándose de dimisión preavisada- que antes de la rectificación del trabajador el empresario no haya contratado a otro empleado para sustituir al dimisionario. La buena fe comporta que en tal supuesto -que es el de autos- se acepte la retractación del trabajador, porque con ello ningún perjuicio se le causa al patrono, y la negativa de éste adquiere visos de conducta abusiva ([art. 7.2 CC \(LEG 1889, 27\)](#)); y con mayor motivo cuando - como en el presente caso- la declaración de voluntad extintiva se hizo en un incuestionado contexto de estrés laboral y ansiedad (fundamento jurídico segundo, con valor de hecho declarado probado: recientemente, SSTs 15/11/06 -rcud 2764/05 -; 27/02/08 -rcud 2716/06; 10/07/08 -rcud 437/07 -; 26/06/08 -rco 18/07; y 12/05/09 -rcud 2153/07), que si bien no llega a viciar el consentimiento y configurarlo nulo ([art. 1265 CC](#)), no lo es menos que hace se emita en desfavorables circunstancias, que aquel principio -la buena fe- obliga a tener presentes".

Se solicita la nulidad por vulneración del [art 24](#) de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#) en su vertiente de garantía de indemnidad y del art 14 por discriminación y del art 15 contra la integridad física y moral.

El [art 181.2](#) de la [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#) dispone ". En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad." El 24.1 de nuestra Ley Fundamental reconoce a los titulares de derechos e intereses legítimos el de acudir a los órganos jurisdiccionales y a obtener una decisión fundada en derecho (SSTC 165/1988 y 151/1990). Derecho que -como señala la precitada sentencia de esta Sala- "no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad , en el sentido de que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagonizan". Lo que "en el ámbito de las relaciones laborales ... se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos" (SSTC 7/1993, 14/1993 y 54/1995).El TC (s. 15-2- 2001) y el TS (s. 3-10-2000) afirman que el principio de igualdad no prohíbe dar un tratamiento distinto a situaciones razonablemente desiguales, sino que lo prohibido es la discriminación, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable e, igualmente, que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, y tiende (TS. ss. 4-5-2000, 29-1-2001) a la eliminación de ésta en cuanto implica una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado.

Tercero.-

De conformidad con la resoluciones aportadas de la Subdelegación del Gobierno , la actora tenía autorización de residencia , pero no de trabajo , la empresa se comprometió a regular su situación , hecho reconocido , mediante una gestoría que realizó algunos trámites .La autorización debía tramitarla la empresa y el 2 de noviembre de 2022, la solicita , sin embargo fue requerida el 11 de noviembre para que aportase determinada documentación en el plazo de 10 días , la actora que mantiene comunicación con la gestoría (folios 9 a 20) y al conocer esta ultima resolución , en la que se pide determinados documentos, comunica a dicha gestoría que " ya no trabajaremos más hasta que me den permiso " (folio 18 vuelto) . El día 20 de noviembre de 2022 se personó en la academia para aclarar su situación, hubo un altercado y acudió la policía , de la sentencia del Juzgado de Instrucción se desprende que hubo insultos , del audio se desprende , ello no obstante el estado de la trabajadora , que alegaba trabajar sin permiso entre otras cuestiones y el lunes día 21 ya no fue a trabajar, existiendo indicios suficientes para invertir la carga de la prueba.

La carta que se aporta (folio 8) no está firmada por la actora y es de fecha 20 de noviembre , la comunicación que hizo la actora el día 18 de noviembre de 2022 , fue a la gestoría que es la que se encargaba de tramitar el permiso y no a la empresa . No puede estimarse que la actora voluntariamente dimitiera , sino que su intención era la de tener el permiso oportuno, encontrándose en una situación de estrés .

Los hechos acaecidos el día 20 de noviembre de 2022 , conforme al audio , revelan que la empresa no conocía las manifestación de la actora del día 18 , pues reconocido que el día 19 no fue a trabajar , la empresa sostuvo que intentaron localizarla y ponerse en contacto con ella , el día 20 la esposa del administrador y personal de la empresa , pues exhibe el contrato y se muestra como interlocutora de la empresa , cruzan insultos, desprendiéndose que la empresa ya no quería que siguiera trabajando dicen " no , ya no " .No ha quedado acreditado la existencia de lesiones atentatorias contra la integridad física o moral , tampoco la sentencia del Juzgado de instrucción aunque no firme , señala " su versión no se ha mantenido inalterada " , la actora en el audio aportado se encontraba alterada , los videos que se aportaron en el proceso penal no revelaron agresión alguna , no existe discriminación en los términos señalados , pues la empresa realizó trámites para la obtención del permiso , de hecho cursó el alta en TGSS , lo que si hubo fue una reacción ante la reclamación de la actora en atención a su situación irregular y estar trabajando más tiempo sin ser reconocido y dicha decisión ha de ser calificada como un despido nulo .

Tal como señalan, entre otras, las SSTS de 21 de enero de 2010 y 17 de septiembre de 2013, si bien el contrato de trabajo de ese trabajador extranjero sin autorización está afectado de la sanción de nulidad que establece la ley en el [artículo 7.1 ET \(RCL 2015, 1654\)](#) en relación con el artículo 36.1 LOEX , la misma ley salva la sanción de nulidad proclamando su validez respecto a los derechos del trabajador afectado en el 36.5.; por otro lado, la STS de 29 de septiembre de 2003 razona que el trabajador extranjero sin permiso de trabajo ni residencia tiene

derecho a la aplicación de la normativa del ET sobre la extinción de la relación laboral, de manera que debe otorgarse la protección que la citada normativa desarrolla al efecto, pero con la peculiaridad en los casos de despido, que desaparece la posibilidad de readmisión por la situación de ilegalidad de los extranjeros que carecen de permiso de residencia . Por lo tanto, en caso de impugnarse el despido la condena judicial solo se limita al pago de la indemnización sin conceder a la empresa la posibilidad de optar por la readmisión. "En el caso de un despido nulo con obligación de readmitir , tampoco se puede cumplir con esa obligación , pues no se puede continuar con una situación contraria a las leyes , en este sentido procede extinguir la relación laboral con abono de los salarios de tramitación a razón de 43,74 euro diarios.

Cuarto.-

Por lo que a las indemnizaciones se refiere, la sentencia del TS de fecha 9 de marzo de 2022 señala " cabe aquí recordar que los [artículos 179.3](#) y [183 LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#) diferencian los daños y perjuicios con una repercusión material o patrimonial directa y los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental. De tratarse del primer tipo de daños, el demandante debe establecer en la demanda "las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada". Sin embargo, de tratarse de daños morales, al demandante se le exime de efectuar tal especificación "cuando resulte difícil su estimación detallada" y al tribunal se le impone la obligación de pronunciarse "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. Igualmente, hemos afirmado que la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la Ley de infracciones y sanciones del orden para las infracciones producidas en el caso, ha sido ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional ([STC 247/2006, de 24 de julio \(RTC 2006, 247\)](#)), a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS de 15 de febrero de 2012, Rcu. 6701; de 8 de julio de 2014, Rec. 282/13; de 2 de febrero de 2015, Rec. 279/13; de 19 de diciembre de 2017, Rcu. 624/2016 y de 13 de diciembre de 2018; entre muchas otras). Con la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS, no estamos haciendo una aplicación sistemática y directa de la misma, sino que nos ceñimos a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental. De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS- del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente. En el presente caso se solicitó la cantidad de 30.000 euros , citando como infringidos determinados preceptos de la LISOS , sin embargo no es objeto de la presente el analizar las supuestas infracciones y estimándose excesiva se fija en 7.501 euros a tenor de lo dispuesto en el art 8.12 en relación al artículo art.

40 de la para las faltas muy graves .

Quinto.-

Conforme lo dispuesto en el [art 26.3](#) de la [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#) "El trabajador podrá acumular a la acción de despido la reclamación de la liquidación de las cantidades adeudadas hasta esa fecha conforme al apartado 2 del [art. 49](#) del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 2015, 1654\)](#) ". Se reclama la nómina del mes de noviembre de 2022 (767,69 euros), las diferencias salariales de junio a octubre (1.652,55) , más el preaviso , declarando haber percibido desde 1000 euros desde junio a octubre según hecho décimo cuatro y de manera vaga e imprecisa , así como en el súplico se incluyen cantidades heterógeneas y sin especificar . En relación al preaviso no procede , no estamos ante el supuesto previsto en el [art 53](#) del ET , ni ante la finalización de una contrato temporal .

De conformidad con lo dispuesto en el [art 217](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , la prueba del pago del salario a quien compete es al empresario , se han aportado nóminas sin firmar , ni con constancia electrónica , pero se ha justificando el pago mediante transferencia bancaria de la nómina de octubre y noviembre (folios 100 y 101) por importe de 1.101,24 y 848 euros respectivamente , se ha impugnado el documento nº 7 , ello no obstante es carga de la parte actora el acreditar el extracto bancario de su cuenta , la diferencia asciende a 444 euros (2.393,24 euros menos 1949,24 euros), que genera el interés por mora y que se recoge en el fallo .

FALLO

Que estimando en parte la demanda formulada por D^a SARA contra YUANQUAN GRUPO DE INVERSIÓN CULTURAL S.L. Debo declarar y declaro nulo el despido y siendo imposible la readmisión , se declara extinguida la relación laboral condenando a la empresa a abonar a la actora una indemnización de 1.563,80 euros , 8.398,08 euros por salarios de tramitación , una indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales de 7.501 euros , más 488,40 por las cantidades reclamadas .

Contra la presente resolución cabe recurso de suplicación que habrá de anunciarse ante este Juzgado en el plazo de cinco días siguientes a su notificación, debiendo consignar en el caso que el recurrente no gozare del beneficio de Justicia gratuita en C/C que posee el juzgado el importe de la condena en metálico 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 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 ; respecto del depósito de 300 E, deberá ingresarse en dicha C/C al tiempo de anunciarlo .

Llévese la presente sentencia al Libro de sentencias y déjese testimonio de la misma en los autos.

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

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Iltrma. Sra. Magistrada de lo Social que la suscribe, estándose celebrando Audiencia Publica en el día de la fecha, de lo que doy fe.-