



Roj: **STSJ AND 15556/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:15556**

Id Cendoj: **29067340012023101558**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2023**

Nº de Recurso: **1331/2023**

Nº de Resolución: **1852/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE LUIS BARRAGAN MORALES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, CEUTA Y MELILLA

SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA

Recurso de Suplicación número 1331-23

Sentencia número 1852/2023

ILTMO. SR. D. MANUEL MARTÍN HERNÁNDEZ CARRILLO, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. JOSÉ LUIS BARRAGÁN MORALES

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES

S E N T E N C I A

En la ciudad de Málaga, a catorce de noviembre de dos mil veintitrés.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, compuesta por los magistrados arriba relacionados, en nombre del Rey, y en virtud de las atribuciones jurisdiccionales conferidas, emanadas del Pueblo Español, dicta la siguiente sentencia en el recurso de suplicación referido, interpuesto contra la del Juzgado de lo Social de Melilla, de 2 de junio de 2023, en el que han intervenido como recurrente NADIR KARMUDI S.L.U., dirigida técnicamente por el letrado don Francisco Javier Moral García-Triviño, y como recurridos DON Jose María , dirigido técnicamente por el letrado don Farid Mohamed Said, y MINISTERIO FISCAL, representado por la Fiscal doña María Ángela Cuéllar Álvarez.

Ha sido Ponente José Luis Barragán Morales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 9 de mayo de 2022 don Jose María don presentó demanda contra Nadir Karmudi S.L.U., en la que suplicaba se dictase sentencia por la que se acordase a) resolver el contrato de trabajo a instancias de trabajador y a tenor de lo que establece el art. 50 del vigente Estatuto de los Trabajadores; y b) condenar a la empresa al abono de una indemnización a razón de un salario a efectos de resolución contractual de 1.851,87 € (si se consideran acreditadas las horas extraordinarias) o bien a razón de un salario de 1.587,87 € (en caso de que no se consideren acreditadas las horas extraordinarias), dictando la correspondiente resolución que ponga fin a la relación laboral a razón de una indemnización de 45 días de salario por año trabajado desde el 17/06/10 hasta el 12/02/12 y a razón de una indemnización de 33 días de salario por año trabajado desde el 13/02/12 hasta la fecha de extinción de la relación laboral.

SEGUNDO: La demanda se turnó al Juzgado de lo Social de Melilla, incoándose el correspondiente proceso de despido con el número 340-22, en el que una vez admitida a trámite, previa subsanación, por decreto de 7 de junio de 2022, se celebraron los actos de conciliación y juicio -tras acumularse el procedimiento 62/2023, incoado a raíz de la demanda de despido formulada por el demandante frente a la demandada en fecha 18



de enero de 2023, admitida por decreto de 28 de febrero de 2023-, tras dar intervención a Ministerio Fiscal, en fecha 30 de mayo de 2023.

TERCERO: El 2 de junio de 2023 se dictó sentencia cuyo fallo era del tenor siguiente: <Estimo la demanda interpuesta por D. Jose María frente a la empresa de Nadir Karmudi S.L.U., con los siguientes pronunciamientos: A) Declaro la extinción de la relación laboral a fecha de 2 de junio de 2023 con la obligación de abonar por la mercantil a la actora la indemnización de 29.703,67 euros por la resolución del contrato a instancias de la actora. De esa cuantía debe deducirse la indemnización que por cese del contrato haya podido percibir la parte demandante. B) Declaro la nulidad del despido realizado por la parte demandada en fecha 27 de diciembre de 2022, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad. Condeno a la empresa al abono a la actora de los salarios de tramitación, desde el 27 de diciembre de 2022 hasta el 2 de junio de 2023, a razón de 66,16 euros diarios brutos con los descuentos que procedan por las cantidades salariales percibidas, las cantidades de IT percibidas y otros salarios que hubiera podido percibir en el nuevo empleo (liquidación que deberá efectuarse en ejecución de sentencia). Asimismo, condeno a la empresa a pagar a la parte actora una indemnización por importe de 10.000 euros por los daños y perjuicios derivados de la vulneración de derechos fundamentales>.

CUARTO: En dicha sentencia se declararon probados los hechos siguientes:

Primero.- D. Jose María ha venido prestando servicios laborales para la empresa Nadir Karmudi S.L.U., con antigüedad de 17.06.2010 (hecho controvertido, doc. 5 vida laboral del actor, unidad del vínculo) con la categoría de profesional de dependiente y/o oficial 1º de comercio (hecho controvertido, grabaciones aportadas al acto del juicio por la actora mediante pen drive y testifical de D. Juan Francisco, ex trabajador de la mercantil y falta de credibilidad de la declaración del testigo D. Pedro Miguel, trabajador actual de la mercantil, el cual se ha contradicho respecto de sus declaraciones vertidas en la investigación de los daños de la susodicha máquina IDI BASE 100 en el PA 761/22 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº. 1 de Melilla doc. 4 del demandado al declarar en el juicio social que rompió la máquina con un palo y en el penal con una patada y un palo), en el centro de trabajo de Melilla, debiendo percibir como contraprestación un salario mensual bruto con inclusión de la prorrata de las pagas extras de prorrateado de 2.012,22 euros mensuales (66,16 euros diarios brutos), con un contrato de trabajo indefinido con 43,5 horas semanales (hecho controvertido, registro de jornada referido a un trabajador que no es el actor ni firmado por este doc. 11 demandada, falta de aportación por la demandada de las cámaras de vigilancia solicitadas ex art. 94 LRJS, testifical de D. Juan Francisco, ex trabajador de la mercantil).

Segundo.- La parte demandante no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de representante legal o sindical de las personas trabajadoras (hecho no controvertido). El convenio colectivo de aplicación es de Comercio de Melilla (hecho no controvertido).

Tercero.- D. Jose María con fecha de 11/04/22 interpuso contra la empresa Nadir Karmudi S.L.U. dos demandas, una en materia de reconocimiento de derechos y reclamación de cantidades (Expte. NUM000) y otra por resolución del contrato de trabajo a instancias del trabajador por incumplimientos graves y culpables en materia de contratación y que la empresa estaba vulnerando los derechos laborales del trabajador (Expte. NUM001). Entre dichos incumplimientos y sobre los cuales versa el procedimiento PO 340/22, están los siguientes: - Su categoría profesional es la de dependiente y/o oficial 1º Comercio, si bien le abonan nóminas conforme a categoría profesional de mozo de almacén. - Como consecuencia de no respetarse y reconocerse su categoría profesional real, se abona en consecuencia, un salario sensiblemente inferior al que contempla el Convenio de Comercio para la Ciudad de Melilla. - Como consecuencia de no abonarse las cuantías en concepto de salario que contempla el Convenio de Comercio, se ven afectadas de forma directa el salario base (SB) y en consecuencia, los complementos de residencia que supone el 25 % del SB; la paga extra de beneficios; se ve afectado igualmente el plus de bonificación para la Ciudad de Melilla y de obligado cumplimiento para la empresa, así como el plus de transporte contemplado en Convenio y obligatorio; las pagas extraordinarias son abonadas en importe sustancialmente inferior al que contempla el Convenio de Comercio al recogerse a través del mismo que se incrementarán las pagas extraordinarias de junio y diciembre en un 25 % sobre el SB. - Su jornada de trabajo lo es a razón de 43,5 horas semanales, si bien solo está de alta en la Seguridad Social a razón de 40 horas, realizándose en consecuencia numerosas horas extraordinarias que ni son abonadas, ni cotizadas a la Seguridad Social. - No se firman cuadrantes de entrada y salida. - La antigüedad reconocida es inferior a la que le corresponde. Pese a que se le reconoce la de 2011, se le abona un complemento de antigüedad del 6 %, cuando como mínimo corresponde el de 18 %, según reconocimiento expreso de la antigüedad por parte de la mercantil demandada. - No se abonan complementos de bonificación para la Ciudad de Melilla en cuantía del 8 % del SB. - El salario se le viene abonando de forma fraccionada, no posibilitando al trabajador poder percibir su salario de forma mensual y periódica. - Desde el mes de junio de 2021, se le viene abonando la nómina de forma fraccionada y fragmentada, es decir, y cada vez en cuando se suprimen cuantías. (doc. 5 vida laboral del

actor sobre la antigüedad, grabaciones aportadas al acto del juicio por la actora mediante pen drive y testifical de D. Juan Francisco, ex trabajador de la mercantil y falta de credibilidad de la declaración del testigo D. Pedro Miguel, trabajador actual de la mercantil, el cual se ha contradicho respecto de sus declaraciones vertidas en la investigación de los daños de la susodicha máquina IDI BASE 100 en el PA 761/22 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº. 1 de Melilla doc. 4 del demandado al declarar en el juicio social que rompió la máquina con un palo y en el penal con una patada y un palo sobre categoría profesional, registro de jornada referido a un trabajador que no es el actor ni firmado por este doc. 11 demandada, falta de aportación por la demandada de las cámaras de vigilancia solicitadas ex art. 94 LRJS, testifical de D. Juan Francisco, ex trabajador de la mercantil en cuanto a la jornada de trabajo y salario regulador a efectos del despido, doc. 10 del actor sobre nóminas salariales en relación con el doc. 9 del actor de las transferencias bancarias en cuanto a los distintos pluses y extras de la nómina no abonados por la demandada) (hecho controvertido).

Cuarto.- Con fecha de 16/12/22, el trabajador demandante ha sido objeto de un ataque de ansiedad que le ha provocado que tenga que acudir al servicio de urgencias, entregando la baja de IT a la empresa ese mismo día, previéndose una baja de IT desde el día 16/12/22 y por un periodo de 22 días aproximadamente, a expensas de renovación de dicha baja (hecho no controvertido).

Quinto.- El día 16/12/22, la empresa cita al trabajador y se le hace entrega de una carta por parte del empresario en el que le impone unas vacaciones por el periodo 16/12/22 y hasta el 20/12/22, a sabiendas de que se encuentra de baja (hecho no controvertido). Dicha carta de imposición de vacaciones, también ha sido impugnada (Expte. NUM002) y también reclamadas las vacaciones periodo 2023 (Expte. NUM003) (hecho no controvertido). El día 16/12/22, se le hace entrega de un expediente disciplinario fechado a 15/12/22, en el que le dan al trabajador el plazo de cinco días para que haga las alegaciones que entienda respecto a los hechos por los que finalmente le despide la empresa. El trabajador efectuó las alegaciones oportunas, solicitando de forma expresa a la empresa y en dicho documento, la obligación de que conservara las grabaciones de la imputación de los daños sobre la máquina IDI BASE 100 que le reprochan al trabajador en dicho expediente disciplinario (hecho no controvertido). El día 27/12/22 la mercantil emitió carta de despido recepcionada por el trabajador en esa misma fecha, fundamentándose el despido en los daños sobre la máquina IDI BASE 100 (hecho no controvertido). En la papeleta de demanda de conciliación se volvió a reiterar a la empresa, la obligación de que conservara las grabaciones de la imputación de los daños sobre la máquina IDI BASE 100 que le reprochan al trabajador, advirtiéndole a la misma que es la única responsable de la conservación de las grabaciones del día y hora de los hechos que se le imputan al actor (hecho no controvertido).

Sexto.- La mercantil ha despedido al trabajador como consecuencia de las múltiples peticiones extrajudiciales y judiciales para arreglar su situación laboral (falta de aportación de las grabaciones que la mercantil tiene obligación de utilizar y aportar en relación con la testifical de D. Juan Francisco, ex trabajador de la mercantil, el cual manifiesta que la mercantil le grababa y le enseñaba las grabaciones de cuando llegaba tarde o faltaba al trabajo y que la máquina se averiaba en muchas ocasiones al ser antigua, falta de credibilidad de la declaración del testigo D. Pedro Miguel, trabajador actual de la mercantil, el cual se ha contradicho respecto de sus declaraciones vertidas en la investigación de los daños de la susodicha máquina IDI BASE 100 en el PA 761/22 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº. 1 de Melilla doc. 4 del demandado al declarar en el juicio social que rompió la máquina con un palo y en el penal con una patada y un palo) (hecho controvertido).

Séptimo.- Además de la carta de extinción de la relación laboral, la empresa entregó a la persona trabajadora la cantidad correspondiente a la liquidación de su contrato, conforme lo que la mercantil estimaba de aplicación (hecho no controvertido).

Octavo.- La parte demandante promovió la conciliación previa al proceso de los 2 procedimientos acumulados, que se celebraron los días 27 de abril de 2022, con papeleta de 11 de abril de 2022, (resolución de contrato por voluntad del trabajador) y de 11 de enero de 2023, con papeleta de 30 de diciembre de 2022, ambos con el resultado de "sin avenencia", presentando posteriormente la presente demanda (hecho no controvertido).

QUINTO: El 3 de julio de 2023 la empresa demandada anunció recurso de suplicación y, tras presentar el escrito de interposición, que fue impugnado por el demandante, se elevaron las actuaciones a esta Sala.

SEXTO: El 5 de septiembre de 2023 se recibieron dichas actuaciones, se designó ponente, y se señaló la deliberación, votación y fallo del asunto para el 7 de noviembre de 2023.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Se encuentran acumuladas dos distintas demandas, una por resolución de contrato, y otra por despido. La sentencia del Juzgado de lo Social ha estimado ambas demandas, declarando la extinción de la relación laboral a fecha de 2 de junio de 2023 con la obligación de abonar por la mercantil a la actora la



indemnización de 29.703,67 euros por la resolución del contrato a instancias de la actora, cuantía de la que deberá deducirse la indemnización que por cese del contrato haya podido percibir la parte demandante; y declarando la nulidad del despido realizado por la parte demandada en fecha 27 de diciembre de 2022, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, condenando a la empresa al abono a la actora de los salarios de tramitación, desde el 27 de diciembre de 2022 hasta el 2 de junio de 2023, a razón de 66,16 euros diarios brutos con los descuentos que procedan por las cantidades salariales percibidas, las cantidades de IT percibidas y otros salarios que hubiera podido percibir en el nuevo empleo (liquidación que deberá efectuarse en ejecución de sentencia), y asimismo condenando a la empresa a pagar a la parte actora una indemnización por importe de 10.000 euros por los daños y perjuicios derivados de la vulneración de derechos fundamentales. En el recurso de suplicación la empresa demandada solicita la revocación de la sentencia recurrida y, en su lugar, se desestime la demanda de resolución de contrato y se desestime igualmente la demanda de despido, declarando el despido procedente y, en todo caso, se fije el salario mensual en 1.283,79 euros, subsidiariamente, en 1.423,90 euros, y, subsidiariamente, en 1.572,30 euros.

SEGUNDO: Al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la empresa recurrente solicita:

-La siguiente nueva redacción del hecho probado primero: <D. Jose María ha venido prestando servicios laborales para la empresa Nadir Karmudi S.L.U., con antigüedad de 23.03.2011 (hecho controvertido, doc. 5 vida laboral del actor, unidad del vínculo) con la categoría de profesional de mozo de almacén (hecho controvertido, grabaciones aportadas al acto del juicio por la actora mediante pen drive y testifical de D. Juan Francisco, ex trabajador de la mercantil y falta de credibilidad de la declaración del testigo D. Pedro Miguel, trabajador actual de la mercantil, el cual se ha contradicho respecto de sus declaraciones vertidas en la investigación de los daños de la susodicha máquina IDI BASE 100 en el PA 761/22 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº. 1 de Melilla doc. 4 del demandado al declarar en el juicio social que rompió la máquina con un palo y en el penal con una patada y un palo), en el centro de trabajo de Melilla, debiendo percibir como contraprestación un salario mensual bruto con inclusión de la prorrata de las pagas extras de prorrateado de 1.283,79 euros mensuales (42,79 euros diarios brutos), con un contrato de trabajo indefinido con 43,5 horas semanales (hecho controvertido, registro de jornada referido a un trabajador que no es el actor ni firmado por este doc. 11 demandada, falta de aportación por la demandada de las cámaras de vigilancia solicitadas ex art. 94 LRJS, testifical de D. Juan Francisco, ex trabajador de la mercantil)>. Basa su pretensión en el contenido de los documentos 4 y 12 del demandante, y en la impugnación de la declaración del testigo sr. Juan Francisco.

-Alternativamente, la siguiente nueva redacción del hecho probado primero: <D. Jose María ha venido prestando servicios laborales para la empresa Nadir Karmudi S.L.U., con antigüedad de 23.03.2011 (hecho controvertido, doc. 5 vida laboral del actor, unidad del vínculo) con la categoría de profesional de dependiente y/o oficial 1º de comercio (hecho controvertido, grabaciones aportadas al acto del juicio por la actora mediante pen drive y testifical de D. Juan Francisco, ex trabajador de la mercantil y falta de credibilidad de la declaración del testigo D. Pedro Miguel, trabajador actual de la mercantil, el cual se ha contradicho respecto de sus declaraciones vertidas en la investigación de los daños de la susodicha máquina IDI BASE 100 en el PA 761/22 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº. 1 de Melilla doc. 4 del demandado al declarar en el juicio social que rompió la máquina con un palo y en el penal con una patada y un palo), en el centro de trabajo de Melilla, debiendo percibir como contraprestación un salario mensual bruto con inclusión de la prorrata de las pagas extras de prorrateado de 1.423,90 euros mensuales (49,80 euros diarios brutos). Probada la jornada de 43,5 horas semanales, a las anteriores cantidades se añadirá como retribución la cantidad de 148,40 euros mensuales, según desglose del actor en su documento nº 12 (hecho controvertido, registro de jornada referido a un trabajador que no es el actor ni firmado por este doc. 11 demandada, falta de aportación por la demandada de las cámaras de vigilancia solicitadas ex art. 94 LRJS, testifical de D. Juan Francisco, ex trabajador de la mercantil)>. Basa su pretensión en el contenido de los documentos 4 y 12 del demandante, y en la impugnación de la declaración del testigo sr. Juan Francisco.

-La siguiente nueva redacción del hecho probado tercero: <D. Jose María con fecha de 11/04/22 interpuso contra la empresa Nadir Karmudi S.L.U. una demanda, una en materia de resolución de contrato a instancias del trabajador por incumplimientos graves y culpables en materia de contratación y que la empresa estaba vulnerando los derechos laborales del trabajador (Expte. NUM001). Entre dichos incumplimientos y sobre los cuales versa el procedimiento PO 340/22, están los siguientes: - Su categoría profesional es la de dependiente y/o oficial 1º Comercio, si bien le abonan nóminas conforme a categoría profesional de mozo de almacén. - Como consecuencia de no respetarse y reconocerse su categoría profesional real, se abona en consecuencia, un salario sensiblemente inferior al que contempla el Convenio de Comercio para la Ciudad de Melilla. - Como consecuencia de no abonarse las cuantías en concepto de salario que contempla el Convenio de Comercio, se ven afectadas de forma directa el salario base (SB) y en consecuencia, los complementos de residencia que



supone el 25 % del SB; la paga extra de beneficios; se ve afectado igualmente el plus de bonificación para la Ciudad de Melilla y de obligado cumplimiento para la empresa, así como el plus de transporte contemplado en Convenio y obligatorio; las pagas extraordinarias son abonadas en importe sustancialmente inferior al que contempla el Convenio de Comercio al recogerse a través del mismo que se incrementarán las pagas extraordinarias de junio y diciembre en un 25 % sobre el SB. - Su jornada de trabajo lo es a razón de 43,5 horas semanales, si bien solo está de alta en la Seguridad Social a razón de 40 horas, realizándose en consecuencia numerosas horas extraordinarias que ni son abonadas, ni cotizadas a la Seguridad Social. - No se firman cuadrantes de entrada y salida. - La antigüedad reconocida es inferior a la que le corresponde. Pese a que se le reconoce la de 2011, se le abona un complemento de antigüedad del 6 %, cuando como mínimo corresponde el de 18 %, según reconocimiento expreso de la antigüedad por parte de la mercantil demandada. - No se abonan complementos de bonificación para la Ciudad de Melilla en cuantía del 8 % del SB. - El salario se le viene abonando de forma fraccionada, no posibilitando al trabajador poder percibir su salario de forma mensual y periódica. - Desde el mes de junio de 2021, se le viene abonando la nómina de forma fraccionada y fragmentada, es decir, y cada vez en cuando se suprimen cuantías. (doc. 5 vida laboral del actor sobre la antigüedad, grabaciones aportadas al acto del juicio por la actora mediante pen drive y testifical de D. Juan Francisco, ex trabajador de la mercantil y falta de credibilidad de la declaración del testigo D. Pedro Miguel, trabajador actual de la mercantil, el cual se ha contradicho respecto de sus declaraciones vertidas en la investigación de los daños de la susodicha máquina IDI BASE 100 en el PA 761/22 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº. 1 de Melilla doc. 4 del demandado al declarar en el juicio social que rompió la máquina con un palo y en el penal con una patada y un palo sobre categoría profesional, registro de jornada referido a un trabajador que no es el actor ni firmado por este doc. 11 demandada, falta de aportación por la demandada de las cámaras de vigilancia solicitadas ex art. 94 LRJS, testifical de D. Juan Francisco, ex trabajador de la mercantil en cuanto a la jornada de trabajo y salario regulador a efectos del despido, doc. 10 del actor sobre nóminas salariales en relación con el doc. 9 del actor de las transferencias bancarias en cuanto a los distintos pluses y extras de la nómina no abonados por la demandada) (hecho controvertido)>. No señala documento alguno en el que base su pretensión.

Don Jose María impugna los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, alegando que la redacción alternativa propuesta del hecho probado primero debe ser desestimada, ya que su antigüedad ha quedado probada con los documentos aportados al acto del juicio, resaltando además que en las nóminas consta como antigüedad la de 23 de marzo de 2011, que su categoría profesional ha quedado probada por la declaración del testigo sr. Juan Francisco y por las grabaciones aportadas, y que el salario del hecho probado primero es congruente con el reclamado en la demanda de despido; y que la redacción alternativa propuesta del hecho probado tercero debe ser desestimada porque adolece de los mínimos requisitos formales exigidos por la jurisprudencia..

La redacción alternativa propuesta del hecho probado primero debe ser desestimada en cuanto a la antigüedad, ya que el Magistrado ha fijado como fecha de la misma la de 17 de junio de 2010, con base en el informe de vida laboral del demandante y en la doctrina de la unidad esencial del vínculo, con independencia de que en el contrato -documento 4 del demandante- y en la nómina del demandante figurase la de 23 de marzo de 2011; debe ser estimada en cuanto a la categoría profesional del demandante, ya que esa es la categoría profesional que figura en el contrato de trabajo y en la nómina, en la demanda no se han especificado las concretas funciones llevadas a cabo por el demandante, y la afirmación contenida en ese hecho probado en el sentido de que realizaba funciones de dependiente u oficial 1º de comercio constituye una predeterminación del fallo, cuya ubicación procesal natural sería la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida; y debe ser estimada en cuanto al salario, ya que, en el documento 12 del ramo de prueba del demandante, se consigna como salario regulador del despido correspondiente a la categoría profesional de oficial 1ª de comercio el de 1.572,30 euros, incluyendo prorrata de pagas extraordinarias y cantidad correspondiente a las horas extraordinarias habituales que realiza, y, en consecuencia, partiendo de ello, el salario mensual con prorrata de pagas extraordinarias y con la cantidad correspondiente a las horas extraordinarias habituales para la categoría de mozo de almacén, que tiene reconocida, y con la que la propia empresa recurrente está de acuerdo, debe ser la de 1.432,19 euros, resultante de sumar, por un lado, 1.283,79 euros y, por otro, 148,40 euros, lo que supone un salario diario con prorrata de pagas extraordinarias de 47.09 euros.

La redacción alternativa propuesta del hecho probado tercero debe ser desestimada ya que, siguiendo la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2021 [ROJ: STS 785/2021], no puede deducirse que un hecho probado que figura en la sentencia no es cierto o está equivocado de la simple alegación de prueba negativa, de falta de prueba demostrativa del contenido de hechos declarados probados, siempre que exista una mínima actividad probatoria, y, por otro lado, es constante la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de la que son exponente las sentencias de 4 de octubre de 2016 [ROJ: STS 5264/2016], 16 de diciembre de 2016 [ROJ: STS 5496/2016], 14 de marzo de 2017 [ROJ: STS 1768/2017], 20 de



junio de 2017 [ROJ: STS 2695/2017] y 23 de octubre de 2020 [ROJ: STS 3682/2020], entre otras, en el sentido de que "no cabe la denuncia de error de hecho en casación exclusivamente amparada en la mera alegación de prueba negativa, es decir, sosteniendo que no se ha practicado en juicio prueba alguna que acredite la conclusión fáctica que recoge la sentencia y que en trámite de casación se cuestiona". Y esa doctrina es aplicable no solo al recurso de casación sino también al recurso de suplicación. En todo caso, dicha redacción alternativa sería intrascendente ya que la demanda en reclamación de cantidad se habría presentado en la misma fecha que la demanda en reclamación de resolución de contrato.

TERCERO: Al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el recurso denuncia infracción de los apartados b) y c) del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, alegando que los nueve incumplimientos que se denuncian en la demanda se traducen en el abono fraccionado del salario, su disconformidad con su categoría profesional y salario, y que no puede hablarse de incumplimientos cuando se trata de cuestiones debatidas entre las partes, con lo que la deuda salarial que se reclama no es líquida ni exigible. En cualquier caso, argumenta que los pagos parciales se hacen en beneficio de trabajador ya que se le abonan antes de la fecha del devengo del salario, y que la hipotética ausencia de registro de entrada y salida no supondría un incumplimiento con gravedad suficiente para fundar en él la extinción indemnizada de la relación laboral, y que la actuación del demandante incurre en mala fe. Con el mismo amparo procesal, denuncia infracción de los artículos 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 97 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en relación con el artículo 24 de la Constitución y la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2013 -recurso 389/2010-, por entender que la sentencia incurre en incongruencia ultra petita al fijar el salario del demandante y en falta de motivación sobre la redacción del apartado de hechos probados, ya que en la demanda se fijaba el salario en 1.851,67 euros mensuales, incluidas las pretendidas horas extraordinarias, para luego en la prueba documental figurar un salario de 1.572,30 euros, incluyendo también las horas extraordinarias, a pesar de que la suma correcta sería de 1.581,70 euros. Con el mismo amparo procesal, denuncia infracción de los artículos 108, 181.2 y 184 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, 54 a 56 del Estatuto de los Trabajadores y 24 de la Constitución, impugnando la inversión de la carga de la prueba adoptada en la sentencia recurrida, y alegando que entre el ejercicio de la acción de resolución de contrato y el despido han transcurrido más de ocho meses. Con el mismo amparo procesal, denuncia infracción de los artículos 97 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, 24 y 120.3 de la Constitución y 54 y 55 del Estatuto de los Trabajadores, ya que la sentencia no ha entrado a valorar si concurría o no la causa de despido.

Ministerio Fiscal impugna el recurso de suplicación solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

Don Jose María impugna los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, alegando que los incumplimientos alegados en la demanda de resolución de contrato han quedado probados por la declaración del testigo sr. Juan Francisco y por la documental, y que los pagos del salario se hacen con retraso; que la sentencia no incurre en incongruencia ultra petita a la luz de lo solicitado en la demanda de despido; que el despido se produjo apenas un mes antes de la fecha señalada para el juicio por resolución de contrato; y que no han quedado probados los hechos imputados en la carta de despido,

Los incumplimientos en que se basa la demanda de resolución de contrato aparecen reseñados en el hecho probado tercero, y reiterados en el fundamento de derecho tercero, de la sentencia recurrida. De esos incumplimientos que se denuncian, sólo sería hábil para fundar en él la acción de resolución de contrato el de retraso continuado en el abono de sus retribuciones, que se deduciría de los dos últimos de ellos. El resto de supuestos incumplimientos no serían hábiles para fundar en ellos la acción de resolución de contrato porque se trataría de discrepancias en la antigüedad, categoría profesional y salario, que no habían dado lugar, con antelación a la presentación de la papeleta de conciliación, de reclamación alguna del demandante frente a la empresa demandada, a pesar de que su relación laboral tenía una duración cercana a los veintidós años.

En cuanto al retraso continuado en el abono de sus retribuciones, en la demanda no figuran los datos imprescindibles para poder valorar la concurrencia del mismo, sin que, tampoco, en el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida figuren los datos de los que se derivaría el referido retraso. Tampoco, en las afirmaciones que con valor de hecho probado figuran en los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, figura dato fáctico alguno del que poder deducir el retraso denunciado, más allá de declarar que tiene por acreditado ese retraso de la puesta en relación de los documentos 10 y 9 del demandante, en los que figuran las nóminas y las transferencias bancarias percibidas, respectivamente.

Pues bien, en los justificantes de las transferencias, aportados como documento 9 por el demandante, aparecen percibidos 1.114,94 euros, el 27 de enero de 2021, a cuenta de la nómina de enero de 2021; 1.114,94 euros, el 22 de febrero de 2021, a cuenta de la nómina de febrero de 2021; 1.114,94 euros, el 23 de marzo de 2021, a cuenta de la nómina de marzo de 2021; 1.114,94 euros el 26 de abril de 2021, a cuenta de la nómina

de abril de 2021; 1.114,94 euros, el 25 de mayo de 2021, a cuenta de la nómina del mes de mayo de 2021; 1.114,94 euros el 30 de junio de 2021, a cuenta de la nómina de junio de 2021; 550 euros, el 18 de julio de 2021, como anticipo de la nómina de julio de 2021; 564,94 euros, el 28 de julio de 2021, como resto de la nómina de julio de 2021; 550 euros, el 30 de agosto de 2021, como anticipo de la nómina de agosto de 2021; 564,94 euros, el 31 de agosto de 2021, como resto de la nómina de agosto de 2021; 550 euros, el 27 de septiembre de 2021, como anticipo de la nómina de septiembre de 2021; 564,94 euros, el 30 de septiembre de 2021, como resto de la nómina de septiembre de 2021; 550 euros, el 29 de octubre de 2021, como anticipo de la nómina de octubre de 2021 -por error, pone anticipo de septiembre de 2021-; 564,94 euros, el 30 de noviembre de 2021, en concepto de nómina de noviembre de 2021; 564,94 euros, el 27 de diciembre de 2021, en concepto de nómina de diciembre de 2021; 550 euros, el 4 de enero de 2022, en concepto de nómina de diciembre de 2021; 550 euros, el 29 de enero de 2022, en concepto de anticipo de nómina de enero de 2022; 564,94 euros, el 4 de febrero de 2022, en concepto de resto de la nómina de enero de 2022; 550 euros, el 21 de febrero de 2022, en concepto de anticipo de la nómina de febrero de 2022; 564,94 euros, el 10 de marzo de 2022, en concepto de resto de nómina de febrero de 2022; 550 euros el 1 de abril de 2022, en concepto de nómina de marzo de 2022; 550 euros, el 7 de mayo de 2022, en concepto de anticipo nómina de marzo de 2022; 564,94 euros, el 6 de junio de 2022, en concepto de anticipo nómina de mayo de 2022; 1.144,50 euros, el 5 de julio de 2022, en concepto de nómina de junio de 2022; 1.144,50 euros, el 4 de noviembre de 2022, a cuenta de la nómina de octubre de 2022; y 1.144,50 euros, el 5 de diciembre de 2022, en concepto de nómina de noviembre de 2022.

Y en las nóminas, que figuran en el documento 10 del demandante, aparece un importe neto de: 1.106,82 euros, en mayo de 2021; 1.106,82 euros, en junio de 2021; 1.106,82 euros, en julio de 2021; 1.106,82 euros, en agosto de 2021; 1.106,82 euros, en enero de 2022; y 1.106,82 euros, en febrero de 2022.

De la puesta en relación de dichos documentos se desprende que con antelación al 9 de mayo de 2022, la empresa demandada se retrasó en el pago o no abonó completo el salario del demandante correspondiente a las nóminas de octubre y noviembre de 2021 y febrero de 2022 (se completó su pago el 10 de marzo de 2022), y marzo de 2022 (se completó su pago el 7 de mayo de 2022), y que no había abonado la nómina de abril de 2022; y después del 9 de mayo de 2022, ha acreditado, tan sólo, un pago parcial de la nómina de mayo de 2022, y no constan abonadas las nóminas de julio, agosto y septiembre de 2022. Es significativo, a este respecto, que en el propio primer motivo del recurso de suplicación nada se alega por la empresa demandada acerca del retraso en el pago de las nóminas de febrero y marzo de 2022 y del impago de la nómina de abril de 2022, ni acerca del pago de las nóminas de julio, agosto y septiembre de 2022.

Así que, los retrasos en las nóminas de octubre y noviembre de 2021 y febrero y marzo de 2022 y el impago de la nómina de abril de 2022, son suficientes para entender que concurre la causa de retraso continuado en el pago del salario del demandante, de acuerdo con la doctrina que emana de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2023 [ROJ: STS 132/2023].

En consecuencia, la sentencia recurrida, al declarar la resolución del contrato del demandante, a su instancia, no ha incurrido en infracción alguna de los apartados b) y c) del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de que la modificación del salario que figura en el primer hecho probado de la sentencia recurrida, estimado en el precedente fundamento de derecho, dé lugar a la modificación de la cantidad fijada en sentencia en concepto de indemnización derivada de dicha resolución contractual.

En la demanda de despido se alegaba que los hechos imputados en la carta de despido de fecha 27 de diciembre de 2022, supuestamente ocurridos el 13 de diciembre de 2022, consistentes en la rotura deliberada por parte del demandante de la máquina chapadora automática "IDI BASE 100", no habían ocurrido en realidad, y que dicha carta no era sino una represalia empresarial frente a la demanda de resolución de contrato, en la que se había fijado para la celebración del juicio la audiencia del 24 de enero de 2023.

En el hecho probado sexto de la sentencia recurrida se afirma que el despido tuvo su causa en las peticiones extrajudiciales y judiciales del demandante para arreglar su situación laboral, y en el quinto fundamento de derecho de la misma, tras reseñar los artículos 54 y 55 del Estatuto de los Trabajadores y 108.1 y 184 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y la regulación jurisprudencial del derecho fundamental a la tutela judicial en su vertiente de garantía de indemnidad, concluye que de la prueba practicada se desprende que los hechos imputados al demandante en la carta de despido no se han producido y que el demandante no ha tenido intervención alguna en los hechos imputados en la carta.

En consecuencia, la calificación de nulidad del despido impugnado en la demanda no constituye infracción alguna de los artículos 54 a 56 del Estatuto de los Trabajadores, 108, 181.2 y 184 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y 24 de la Constitución, sino que, precisamente, es la consecuencia de la aplicación a los hechos ocurridos de los mencionados preceptos legales. Por ello, la Sala desestima el primero de los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, referidos



a la demanda acumulada de despido, sin perjuicio de que la estimación parcial de la redacción alternativa propuesta del hecho probado primero, lleve consigo la modificación del importe de los salarios durante el tiempo transcurrido entre la fecha del despido y la sentencia recurrida; y dicha desestimación hace innecesario el examen del segundo de dichos motivos, en el que se combatía la petición subsidiaria de la demanda de declarar la improcedencia del despido.

En cualquier caso, en el recurso de suplicación no se combate el importe de la indemnización de daños y perjuicios derivados de la vulneración de la garantía de indemnidad del demandante, importe que figura en el fallo de la sentencia recurrida, con lo que la Sala no puede valorar la adecuación a derecho del referido importe.

CUARTO: La estimación parcial del recurso de suplicación lleva consigo, de conformidad con el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que no se haga especial imposición de las costas devengadas en el mismo.

FALLO

I.- Se **estima** parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por NADIR KARMUDI S.L.U. y, modificando el importe de la indemnización que figura en el apartado A), y del importe de los salarios de tramitación que figuran en el apartado B) que fijamos en 21.141,48 euros, y 47,09 euros, respectivamente, se confirma el resto del fallo de la sentencia del Juzgado de lo Social de Melilla, de 2 de junio de 2023, dictada en el procedimiento 340-22.

II.- Una vez firme esta resolución se devolverá a Nadir Karmudi S.L. el depósito de trescientos euros constituido para recurrir, y el exceso consignado sobre la cantidad objeto de condena.

III.- Esta resolución no es firme, y contra la misma cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que se preparará dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, mediante escrito firmado por letrado y dirigido a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

IV.- Adviértase a Nadir Karmudi S.L. que en caso de recurrir habrá de consignar 600 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones nº 2928-0000-66-133123 abierta por esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga en Banco de Santander S.A.

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.