



N.I.G.: 2906744420190004555

Negociado: PC

Recurso: Recursos de Suplicación 1594/2020

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 4 DE MALAGA

Procedimiento origen: Procedimiento Ordinario 381/2019

Recurrente: [REDACTED]

Representante: JUAN ANTONIO QUESADA GALVEZ

Recurrido: EXMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Representante: S.J.AYUNT. MALAGA

Sentencia Nº 635/2021

**ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ-CARRILLO, PRESIDENTE**  
**ILTMO. SR. D. RAMÓN GÓMEZ RUIZ,**  
**ILTMO. SR. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ**

En la ciudad de Málaga a catorce de abril de dos mil veintiuno.

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente:

**S E N T E N C I A**

En el Recursos de Suplicación interpuesto por [REDACTED] contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 4 DE MALAGA, ha sido ponente el Ilmo./Ilma Sr./Sra D./ RAMON GOMEZ RUIZ.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por [REDACTED] sobre Procedimiento Ordinario siendo demandado EXMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 23/09/20 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

**SEGUNDO.-** En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

I.- [REDACTED] ha prestado servicios para el Ayuntamiento de Málaga a jornada completa, con la categoría profesional de Técnico Medio SAIC, estando de alta para la Corporación Local en los periodos expresados en el informe de vida laboral obrante en el folio 80, cuyo contenido se da por reproducido.



II.- Interpuesta demanda de despido, el Juzgado de lo Social n.º 11 de Málaga (autos 713/2017) dictó Sentencia el 27 de febrero de 2018 declarando que la actora fue objeto de un despido nulo el 23 de junio de 2017 por parte del Ayuntamiento de Málaga, condenando a la inmediata readmisión de la actora como indefinida no fija y en las mismas condiciones que rigieron hasta su despido a razón de 88,16 euros diarios desde el 24 de junio de 2017.

III.- La Sentencia de despido fue notificada el 21 de marzo de 2018 al Ayuntamiento de Málaga, interponiendo recurso de suplicación.

IV.- En Decreto de 9 de mayo de 2018 del Teniente Alcalde Delegado de Recursos Humanos y Calidad resolvió readmitir a la actora con efectos desde el día 16 de mayo de 2018 en el Ayuntamiento de Málaga como personal laboral temporal en el puesto de Técnico Medio SAIC (Grupo A2) y en idénticas condiciones de trabajo a las que ostentaba antes de producirse su despido y a jornada completa (folio 122)

V.- Despachada la ejecución provisional de la Sentencia de 27 de febrero de 2018, en comparecencia de 19 de junio de 2018 celebrada en el Juzgado de lo Social n.º 11 de Málaga se admitió que la parte actora había sido readmitida, comprometiéndose el Ayuntamiento de Málaga al abono de salarios de tramitación por el periodo comprendido del 21 de marzo al 15 de mayo de 2018 a razón de 88,16 euros diarios.

VI.- El 19 de septiembre de 2018 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga dictó Sentencia, que devino firme, en la estimó el recurso de suplicación interpuesto por el Ayuntamiento de Málaga, revocando la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 11 de Málaga de 27 de febrero de 2018, calificando el despido de la parte actora como improcedente y condenando al Ayuntamiento de Málaga a optar entre la readmisión de la actora con abono de los correspondientes salarios de tramitación desde la fecha del cese y hasta la efectiva readmisión, a razón de 88,16 euros diarios, o al abono de una indemnización cifrada en 30635,6 euros. El Ayuntamiento optó por el abono de la indemnización, que fue abonada a la actora.

VII.- El 25 de abril de 2019 se archivó la ejecución de título judicial dimanante de los autos 713/2017.

VIII.- El 4 de octubre de 2018 la actora fue dada de baja en la Tesorería General de la Seguridad Social por parte del Ayuntamiento de Málaga.

IX.- La actora permaneció en situación de incapacidad temporal del 16 de mayo al 18 de agosto de 2018 y de baja por maternidad del 19 de agosto de 2018 al 4 de octubre de 2018.

X.- El Instituto Nacional de la Seguridad Social dictó resolución el 31 de agosto de 2018 reconociendo a la actora prestación por maternidad con efectos económicos de 19 de agosto de 2018.



XI.- En escrito con fecha de salida 19 de octubre de 2018 el Instituto Nacional de la Seguridad Social aprobó la prestación de maternidad con carácter definitivo con una base reguladora de 44,27 euros diarios, conminando a la actora a devolver la suma de 73,29 euros por el periodo comprendido del 19 de agosto al 30 de septiembre de 2019.

Contra esta resolución se interpuso reclamación previa, que fue ampliada el 5 de diciembre de 2018. Se dan por reproducidos los folios 9 y 10.

XII.- El Instituto Nacional de la Seguridad Social dictó resolución en enero de 2019 en la que revisó la base reguladora de la prestación por maternidad y reconoció a la actora una base reguladora de 88,47 euros diarios.

XIII.- El 11 de abril de 2019, a las 00:46 horas, se interpuso demanda.

**TERCERO.-** Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandante, recurso que formalizó siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO:** Reclamó en vía jurisdiccional la parte actora en acción de reclamación de cantidad, que no alcanzó éxito en la instancia al desestimar la sentencia recurrida la demanda de reclamación de cantidad.

**SEGUNDO:** Frente a dicha sentencia desestimatoria, formula la parte actora Recurso de Suplicación, articulando un motivo dirigido a la revisión de los hechos declarados probados por el cauce procesal del art. 193.b de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, y un motivo de censura jurídica al amparo de la letra c) del art. 193 de la Ley Procesal Laboral en el que denuncia la infracción de los preceptos que indica, realizando diversas alegaciones y solicitando la estimación de la demanda, a lo que se opone la parte recurrida por los motivos que expone en el escrito de impugnación.

**TERCERO:** En el primer motivo que interesa la revisión fáctica pretende la parte recurrente la modificación del ordinal nº 9 de los hechos probados, con una redacción alternativa que propone que recoja que La actora permaneció en situación de incapacidad temporal del 16 de mayo al 18 de agosto de 2018 y de baja por maternidad del 19 de agosto de 2018 al 8 de diciembre de 2018, y con base en la documental obrante a los folios nº 74 y 75.

Es doctrina jurisprudencial consolidada la de que es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral en instancia única y al no existir en el proceso laboral Recurso de apelación, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, de manera tal que en el Recurso de suplicación, dado su carácter extraordinario, el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, sino realizar un control de la legalidad de la sentencia recurrida en la medida que le sea pedido y sólo de excepcional manera puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas, facultad reservada para cuando los documentos o pericias citados por



el recurrente con arreglo al artículo 193.b) de la Ley Procesal Laboral pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en que el Juzgador a quo hubiera podido incurrir, y que para que prospere la revisión de hechos probados solicitada al amparo del artículo 193 b) de la Ley de Procedimiento Laboral deben concurrir los siguientes requisitos: 1) Que se señale con precisión cuál sea el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considere equivocado, contrario a lo acreditado o que conste con evidencia y no se haya incorporado al relato fáctico; 2) Que se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración fáctica tildada de errónea, bien sustituyendo a algunos de sus puntos, bien complementándolos; 3) Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; 4) Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables; 5) Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría.

Y la revisión pretendida no cumple los expresados requisitos pues no llega a cumplir el de evidenciar por documental invocada de forma directa el error del juzgador con trascendencia a los fines del fallo como se verá, por lo que no puede ser acogida, pues no se deduce error del juzgador con trascendencia al fallo, toda vez que la relación laboral terminó el 4-10-2018 por la opción del Ayuntamiento de Málaga por la indemnización por despido y baja en SS., y no se demuestra que el error padecido por el juzgador tenga utilidad al fallo, lo que no ocurre en el caso que se analiza ahora en el presente Recurso de Suplicación.

En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

**CUARTO:** El supuesto que se analiza es el de trabajadora del Ayuntamiento de Málaga que fue objeto de un despido el 23 de junio de 2017, que el Juzgado de lo Social n.º 11 de Málaga en autos 713/2017 por Sentencia de 27 de febrero de 2018 declaró despido nulo con las consecuencias derivadas, condenando a la inmediata readmisión de la actora como indefinida no fija y en las mismas condiciones que rigieron hasta su despido a razón de 88,16 euros diarios desde el 24 de junio de 2017, e interpuesto Recurso de Suplicación fue readmitida en Ejecución Provisional, si bien por sentencia de esta Sala de 19 de septiembre de 2018 se estimó el recurso de suplicación interpuesto por el Ayuntamiento de Málaga, y se calificó el despido como improcedente y condenando al Ayuntamiento de Málaga a optar entre la readmisión de la actora con abono de los correspondientes salarios de tramitación desde la fecha del cese y hasta la efectiva readmisión, a razón de 88,16 euros diarios, o al abono de una indemnización cifrada en 30635,6 euros, habiendo optado el Ayuntamiento de Málaga por el abono de la indemnización, que fue abonada a la actora, y el 4 de octubre de 2018 la actora fue dada de baja en la Tesorería General de la Seguridad Social por parte del Ayuntamiento de Málaga.

Durante el período correspondiente a dicha Ejecución Provisional, la actora permaneció en situación de incapacidad temporal del 16 de mayo al 18 de agosto de 2018 y de baja por maternidad del 19 de agosto de 2018 al 4 de octubre de 2018.

Con base a tal período de servicios y circunstancias de baja por maternidad, ejercitó la parte actora en la demanda acción de reclamación de cantidad (4072,26 euros) por diferentes conceptos de Indemnización fin de contrato y vacaciones derivadas de dos



contratos de obra y servicios en los periodos 20 de marzo de 2018 a 15 de mayo y del 16 de mayo al 4 de octubre de 2018, Complemento por natalidad y permiso retribuido por parto e indemnización por daños y perjuicios por diferencias en la prestación de maternidad, sin suerte en la instancia, y en esta vía en sendos motivos de censura jurídica denuncia la infracción de los preceptos que cita, 49.1.c del Estatuto de los Trabajadores reclamando la Indemnización por fin de contrato, Convenio OIT 132 y 146 y 38 del Estatuto de los Trabajadores y 13 y 14 del Convenio colectivo aplicable del Ayuntamiento de Málaga y correlativos preceptos reguladores que cita reclamando compensación por vacaciones y días adicionales, 51.b y 20.2.d del Convenio colectivo aplicable del Ayuntamiento de Málaga reclamando cantidades por Complemento por natalidad y permiso retribuido por maternidad, sin que en esta vía reclame ni denuncie infracción en relación a la pretensión de indemnización por daños y perjuicios por diferencias en la prestación por maternidad, a lo que se opone el Ayuntamiento de Málaga en escrito de impugnación.

or la magistrada de instancia en los Fundamentos de derecho se razona sobre cada una de las pretensiones con resultado final adverso a la parte actora.

**QUINTO:** En relación a la Indemnización fin de contrato y vacaciones derivadas de dos contratos de obra y servicios en los periodos 20 de marzo de 2018 a 15 de mayo y del 16 de mayo al 4 de octubre de 2018, concluye la sentencia recurrida que “la resolución de la cuestión planteada requiere partir del devenir jurídico de la relación laboral entre las partes expresado en la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 11 de 27 de febrero de 2018 y en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 19 de septiembre de 2018. Es reiterada la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que declara la irrelevancia de la calificación que las partes otorguen a un contrato, señalando que la naturaleza jurídica de un ente contractual viene determinado por el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y las que realmente se ejercitan. En esta línea, ha de apuntarse que, en el supuesto de autos, la prestación de servicios por la parte actora después del despido no supone la suscripción formal de un nuevo contrato sino que estamos ante la reanudación de la relación laboral previamente finalizada por prescripción legal, al hallarnos ante la consecuencia jurídica de la calificación del despido como nulo (artículos 55.6 ET y 113 LRJS), obligación además del empresario en sede de ejecución provisional, al haberse interpuesto recurso de suplicación (artículo 297 LRJS). A ello se añade, que la calificación del despido como nulo fue revocada, siendo declarado improcedente, no existiendo, por tanto, obligación de readmisión de la parte actora por parte del Ayuntamiento demandado al haber optado el Ayuntamiento por el pago de la indemnización. Estos razonamientos determinan que la actora no es acreedora ni de indemnización fin de contrato ni de vacaciones, habiendo cumplido sus obligaciones legales el Ayuntamiento de Málaga con el abono de los salarios de sustanciación y con la readmisión de la trabajadora mientras se tramitaba el recurso de suplicación”.

La Sala llega a la conclusión de que en el caso sometido al presente Recurso de Suplicación, no cabe conceder la indemnización fin de contrato pretendida, pues en modo alguno puede aceptarse la afirmación de la parte recurrente de que los periodos de servicios durante la Ejecución Provisional constituyen una relación laboral autónoma y por ende dos contratos de obra o servicio determinado, sino que se trata de una prestación de servicios correspondiente a dicha Ejecución Provisional al haber declarado la sentencia de instancia el despido nulo con las consecuencias derivadas, y por otro lado la sentencia de la Sala recaída en Recurso de Suplicación nº 1049/2018 calificó el cese de la actora como un despido improcedente, condenando al Ayuntamiento de Málaga a optar, dentro de los cinco días



hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, entre la readmisión de la trabajadora con abono de los correspondientes salarios de tramitación desde la fecha del cese y hasta la de la efectiva readmisión, a razón de 88,16 € diarios, o el abono a la misma de una indemnización cifrada en la cantidad de 30.635,60 euros, y, como consta en el hecho probado 6, de forma intacta por inatacada, "El Ayuntamiento optó por el abono de la indemnización, que fue abonada a la actora", por lo que, abonada ya la indemnización por despido, no cabe conceder una indemnización por extinción por los indicados servicios en Ejecución Provisional que no originan el derecho pretendido, y, en consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

Sin embargo, debe accederse a la pretensión de compensación de vacaciones correspondientes al indicado período durante el que la actora fue readmitida provisionalmente en Ejecución Provisional de la sentencia de instancia que declaró el despido nulo con las consecuencias derivadas, pues tal período, y aún el período de baja por maternidad, origina de forma correlativa y recíproca en su caso el derecho a vacaciones, y, al haber quedado extinguida la relación laboral el 4-10-2018 a la compensación correspondiente, que, al no ser controvertida la cantidad, debe fijarse en la cantidad reclamada de 1.586,88 € por los 16 días de vacaciones y 2 días adicionales según Convenio colectivo aplicable del Ayuntamiento de Málaga.

Ya el TJUE en sentencia de 25/06/2020 declara, con razonamientos de aplicación al presente caso en el que hubo readmisión provisional, que "De ello concluye el Tribunal de Justicia que el período comprendido entre el despido ilegal y la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo debe asimilarse a un período de trabajo efectivo a fin de determinar el derecho a vacaciones anuales retribuidas, y por ello el trabajador despedido ilegalmente y posteriormente readmitido de conformidad con el Derecho nacional mediante resolución judicial, tiene derecho a las vacaciones anuales retribuidas adquiridas durante el citado período. Declara así mismo que cuando el trabajador readmitido sea despedido nuevamente, o cuando, tras la readmisión, su relación laboral se extinga por cualquier causa, tiene derecho a una compensación por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas adquiridas durante el período comprendido entre el despido ilegal y la readmisión".

En consecuencia, procede estimar parcialmente el Recurso de Suplicación interpuesto con estimación parcial de la demanda en este extremo de compensación por vacaciones y desestimar la pretensión de indemnización por extinción del contrato de trabajo.

**SEXTO:** En cuanto al complemento por natalidad y permiso retribuido por parto, razona la magistrada de instancia que "Nuevamente hemos de reiterar que no nos hallamos ante un nuevo contrato sino ante el cumplimiento de las consecuencias jurídicas de la calificación del despido como nulo, calificación que fue revocada por Sentencia firme de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de fecha 19 de septiembre de 2018. Además el artículo 300 LRJS dispone que *Si la sentencia favorable al trabajador fueren evocada en todo o en parte, éste no vendrá obligado al reintegro de los salarios percibidos durante el periodo de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen los devengados durante la tramitación del recurso y que no hubiere aún percibido en la fecha de la firmeza de la sentencia*, entendiéndose por salario el salario



diario fijado en la Sentencia de despido, no ampliándose a otros conceptos (artículo 297.1 LRJS).”.

..... Sin embargo, en los arts. 297 y ss. de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social se regula la Ejecución provisional de la sentencia que declare la improcedencia o nulidad del despido, disponiendo el art. 297 que “1. Cuando en los procesos donde se ejerciten acciones derivadas de despido o de decisión extintiva de la relación de trabajo la sentencia declare su improcedencia y el empresario que hubiera optado por la readmisión interpusiera alguno de los recursos autorizados por la Ley, éste vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos y continuará el trabajador prestando servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna. Lo anteriormente dispuesto también será aplicable cuando, habiendo optado el empresario por la readmisión, el recurso lo interpusiera el trabajador. 2. La misma obligación tendrá el empresario si la sentencia hubiera declarado la nulidad del despido o de la decisión extintiva de la relación de trabajo; sin perjuicio de las medidas cautelares que pudieran adoptarse, en especial para la protección frente al acoso, en los términos del apartado 4 del artículo 180. 3. Si el despido fuera declarado improcedente y la opción, correspondiente al trabajador, se hubiera producido en favor de la readmisión, se estará a lo dispuesto por el apartado 1 de este artículo. 4. En los supuestos a que se refieren los apartados anteriores se suspenderá el derecho a la prestación por desempleo en los términos previstos en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.”.

De los hechos probados se deduce, de forma intacta por inatacada salvo en lo dicho sin éxito, que “En Decreto de 9 de mayo de 2018 del Teniente Alcalde Delegado de Recursos Humanos y Calidad resolvió readmitir a la actora con efectos desde el día 16 de mayo de 2018”, y que “La actora permaneció en situación de incapacidad temporal del 16 de mayo al 18 de agosto de 2018 y de baja por maternidad del 19 de agosto de 2018 al 4 de octubre de 2018”, fecha ésta en que terminó la relación laboral por opción del Ayuntamiento de Málaga por la indemnización por despido fijada en sentencia de la Sala al declarar el despido improcedente con las consecuencias derivadas, por lo que de la demanda y la sentencia de instancia se deduce que la readmisión y abono de salarios lo fue en Ejecución Provisional de la sentencia de despido, y durante el período a que se extiende la tramitación del Recurso de Suplicación contra la sentencia recaída del Juzgado de lo Social de Málaga, habiendo ya recaído la sentencia de la Sala en Recurso de Suplicación, y la situación de de baja por maternidad fue del 19 de agosto de 2018 al 4 de octubre de 2018, es decir se inició el 19-8-2018 en momento en que se encontraba vigente la Ejecución Provisional de la sentencia de instancia que declaró el despido nulo con las consecuencias derivadas, Ejecución Provisional que se rige por el título ejecutivo que es la sentencia de instancia, y dado que se reclaman por la parte actora diferencias correspondientes a dicho período de servicios durante la Ejecución Provisional.

Ya las sentencias de la Sala, entre otras, recaídas en Recursos de Suplicación nº 210/11 y 819/18 declaran, con aplicación al presente, que “Del relato de hechos probados de la sentencia resulta que tras el despido de la demandante recayó sentencia que declaró la nulidad del mismo, resolución ésta que fue recurrida en suplicación y que finalmente fue



revocada por la presente Sala en sentencia de 16.12.2010 en la que fue desestimada. De cualquier modo, tras la sentencia de instancia se instó la ejecución provisional de la misma, en cuyo seno la empresa demandada procedió a la efectiva readmisión de la trabajadora en su puesto entre tanto se resolvía el recurso de suplicación interpuesto. Pues bien, readmitida la demandante en el curso de la ejecución provisional indicada, y estando pendiente de resolución el recurso de suplicación interpuesto, procedió ésta a interponer por los cauces del procedimiento ordinario demanda de extinción de su contrato de trabajo al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, indicando en sustento de la misma que tras la reincorporación en su puesto sigue sufriendo el acoso moral que determinó la declaración de nulidad de su anterior despido. Ello no obstante, tal y como declaró la sentencia hoy impugnada, el cauce procedimental seguido por la demandante se revela del todo inadecuado, cuando el cauce procedente para ello no era otro que el de ejecución provisional de sentencias –artículos 295.1 y concordantes de la Ley de Procedimiento Laboral- que en tal momento estaba vigente y se seguía entre las partes, máxime ello cuando los alegatos en que la parte sustenta su pretensión no aluden sino a una defectuosa readmisión en su puesto operada por la empresa, toda vez que pese a los dictados de la sentencia de despido –que declaran la nulidad del mismo y compelen a la empresa a hacer cesar los actos de acoso- se denuncia que persisten los comportamientos acosadores que ya detonaron la declaración de nulidad de su despido. Tal planteamiento ha venido a ser seguido por diversas resoluciones judiciales amparándose para ello en los explícitos dictados de la sentencia del Tribunal Supremo de 19.05.1998, que entiende adecuada la ejecución provisional para debatir sobre incumplimientos empresariales durante ella determinantes del derecho de resolución contractual, no ejercitable en proceso declarativo. En ella se razona que “...la cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina versa sobre el procedimiento jurisdiccional que debe seguirse en las reclamaciones derivadas de la ejecución provisional de las sentencias condenatorias dictadas en los procesos de despido; se trata en concreto de precisar cuál es la vía adecuada que ha de utilizar un trabajador para reclamar por incumplimiento de las obligaciones empresariales producidas a raíz de la decisión de la empresa de readmitirle al trabajo, tras la declaración de nulidad o improcedencia del despido acordado, y cuando la sentencia de instancia que declara nulo o improcedente dicho despido ha sido recurrida en suplicación por parte del propio empresario. La sentencia de suplicación impugnada entiende que el cauce jurisdiccional que debe utilizarse es la acción resolutoria del art. 50 ET mientras que la sentencia de contraste del TSJ Andalucía (Sala de lo Social de Granada) considera que esta vía jurisdiccional de la acción resolutoria no está abierta al trabajador que ha sido víctima, supuesta o realmente, de readmisión irregular, dado que el ordenamiento procesal ha previsto un cauce específico para estas reclamaciones, que es el incidente de ejecución provisional de sentencias de despido regulado en los arts. 295 y 296 LPL. La doctrina correcta sobre la cuestión controvertida es la sostenida en la sentencia de contraste, por lo que el recurso debe ser estimado. Una primera razón en favor de la solución de encauzar por la vía del incidente de ejecución provisional de sentencias de despido de las reclamaciones relativas a incumplimientos de las obligaciones laborales del empresario es que este cauce procesal, y no el proceso autónomo a que da lugar una acción resolutoria, es el previsto específicamente y de manera expresa en la Ley para cuando concurren las circunstancias del supuesto controvertido de opción empresarial por la readmisión y pendencia de resolución de un recurso de suplicación. Al argumento anterior debe añadirse otro que se encarga de resaltar la sentencia de contraste, concerniente al régimen de



*acumulación obligatoria de las acciones simultáneas de despido y de resolución del contrato por voluntad del trabajador que el legislador impone en el art. 32 LPL. Este precepto trasluce la voluntad de la ley de evitar todas las posibles interferencias a que puede dar lugar el curso paralelo de estas acciones, y dado que tal curso paralelo sería inevitable en el caso en litigio, puesto que una acción se encontraría en la fase de suplicación mientras que la otra en la fase de instancia, la única manera de atender a la finalidad de la ley de que todas las cuestiones sustantivas relacionadas con un mismo litigio de extinción del contrato de trabajo sean debatidas en un solo juicio es tratar las reclamaciones de no readmisión o readmisión irregular como incidentes a resolver por vía de ejecución de la sentencia ya dictada. En fin, la solución de encauzar las reclamaciones de no readmisión o readmisión irregular exclusivamente por la vía del incidente de ejecución provisional de sentencia no produce efectos perjudiciales en la esfera del trabajador puesto que en este trámite procesal, de acuerdo con el art. 296 LPL, "el Juez o Sala resolverá lo que proceda"; y la resolución procedente podrá ser, entre otras, la condena al abono de posibles salarios no pagados, o el propio reconocimiento en el tiempo de espera de la sentencia de suplicación del derecho a la percepción de retribución sin contraprestación de trabajo...".*

Por todo ello, debe apreciarse la inadecuación de procedimiento en cuanto a la pretensión ejercitada de Complemento por natalidad y permiso retribuido por parto, pues estando en trámite el Recurso de Suplicación interpuesto y producida la readmisión en Ejecución Provisional de aquélla sentencia de despido, es en dicha vía procesal de la Ejecución Provisional, y dentro de la misma con arreglo a los arts. 297 y ss. de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, en la que deberán sustanciarse y tramitarse todas las cuestiones atinentes a la misma readmisión provisional y a su contenido y efectos, y no en el presente proceso ordinario mediante demanda.

En consecuencia, la sentencia de instancia debió estimar la inadecuación de procedimiento en cuanto a la pretensión de Complemento por natalidad y permiso retribuido por parto, sin que sea obstáculo para ello, como concluyen las sentencias de la Sala, entre otras, recaídas en Recursos de Suplicación nº 1748/14, 520/15 y 819/18, el que dicha excepción no fuese planteada formalmente en la instancia, pues la inadecuación de procedimiento es una cuestión de orden público procesal que puede y debe ser analizada de oficio tanto por el juzgador de instancia, como por la Sala que resuelve el recurso, aún cuando esta excepción no haya sido alegada por las partes.

Todo lo anterior lleva a la Sala a declarar, aún de oficio, la inadecuación del procedimiento para enjuiciar la cuestión debatida en la presente litis de Complemento por natalidad y permiso retribuido por parto, sin necesidad de examinar los motivos de recurso y pudiendo plantear la parte actora su pretensión por la vía del procedimiento de Ejecución Provisional previsto en el artículo 297 y ss. de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, o en su caso en la ejecución definitiva de sentencia de despido.

**SÉPTIMO:** Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación





FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el Recurso de Suplicación interpuesto por [REDACTED] contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº CUATRO de MÁLAGA de fecha 23/09/2020, recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por [REDACTED] contra AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA sobre CANTIDAD, y, en su consecuencia, debemos estimar y estimamos parcialmente la demanda interpuesta por [REDACTED] y condenamos a la empresa demandada Ayuntamiento de Málaga a abonar a la demandante la cantidad de 1.586,88 € en compensación por los 16 días de vacaciones y 2 días adicionales según Convenio colectivo aplicable del Ayuntamiento de Málaga no disfrutados más el interés por mora del art. 29 del Estatuto de los Trabajadores, absolviendo al demandado de la pretensión de indemnización por fin de contrato de trabajo por el período de servicios durante la Ejecución Provisional, y debemos declarar y declaramos de oficio la inadecuación del procedimiento seguido en relación a la pretensión de Complemento por natalidad y permiso retribuido por parto, absolviendo en la instancia a la empresa demandada Ayuntamiento de Málaga de esta pretensión, sin entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada, pudiendo plantear la parte actora su pretensión de Complemento por natalidad y permiso retribuido por parto por la vía del procedimiento de Ejecución Provisional previsto en el artículo 297 y ss. de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, o en su caso en la ejecución definitiva de sentencia de despido, sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo, durante cuyo plazo se encontraran los autos a su disposición en esta Sede Judicial para su examen.

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

*"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."*

