



Roj: **STSJ CAT 4784/2014 - ECLI: ES:TSJCAT:2014:4784**

Id Cendoj: **08019340012014103253**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **05/05/2014**

Nº de Recurso: **1955/2014**

Nº de Resolución: **3223/2014**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE QUETCUTI MIGUEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 43148 - 44 - 4 - 2012 - 8044583

AF

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

ILMO. SR. ENRIQUE JIMÉNEZ ASENJO GÓMEZ

En Barcelona a 5 de mayo de 2014

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 3223/2014

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Constancio frente a la Sentencia del Juzgado Social 1 Tarragona de fecha 27 de septiembre de 2013 dictada en el procedimiento nº 799/2012 y siendo recurridos Fondo de Garantía Salarial y Devantmarfoix, S.L.. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de octubre de 2012 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinari, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 27 de septiembre de 2013 que contenía el siguiente Fallo:

"Estimo en parte la demanda promovida por Constancio contra DEVANTMARFOIX,S.L. y FONDO DE GARANTIA SALARIAL por Despido y Cantidad, declarando la improcedencia del despido efectuado con efectos del día 13.08.12, y la extinción de la relación laboral con efectos del día de esta resolución condenando a la empresa DEVANTMARFOIX,S.L. a que le indemnice en la cuantía de 1.073,76 euros, así como se abone a la actora la cantidad en concepto de salarios pendientes de abono el importe de 1.927,29 euros más el diez por cién de mora.



Absuelvo al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sin perjuicio de las responsabilidades subsidiarias de esta última entidad que se puedan derivar de la insolvencia empresarial. "

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

Primero.- La parte demandante, Don. Constancio , provista de D.N.I. núm. NUM000 , ha prestado sus servicios para la demandada en el Restaurante "FOIX" mediante un contrato temporal a jornada parcial, 70 horas al mes, con antigüedad de fecha 1.06.12, realizando funciones de Cocinero y salario de 739,26 euros mensuales brutos con inclusión de la prorrata de pagas extras.

El objeto del contrato era las tareas propias de la actividad de la empresa por incremento de éstas en temporada alta. Fijada la duración del contrato hasta el 31.07.12.

Segundo.- En fecha 18.08.12 le fue remitido burofax por la empresa remitiendo carta, de 13.08.12, de despido disciplinario por incomparecencia al trabajo con fecha de efectos del mismo día, cuyo contenido se da por reproducido en el folio 84 a efectos meramente expositivos.

Tercero.- La parte demandada no ha abonado al demandante el salario correspondiente a los meses de junio, julio, agosto de 2012 y la liquidación de la parte proporcional de vacaciones, cuyo importe es el siguiente:

Salario de junio 2012 739,26

Salario de julio de 2012 739,26

Salario de agosto 2012 320,35

Liquidación de vacaciones, 6,08 días 128,42

TOTAL 1.927,29

Cuarto.- En fecha 18.06.13 la empresa demandada formuló ante el Juzgado Mercantil de Tarragona solicitud de Concurso Voluntario de Liquidación, en el que se constata, en su hecho segundo, que se había reducido la actividad de la empresa hasta el punto de finalizar la actividad de la sociedad extinguiendo los contratos del personal a su cargo motivo por el que presentaba la solicitud de declaración de concurso para la liquidación de la compañía.

Quinto.-En la empresa demandada prestaba servicios los fines de semana, entre semana ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa SODEXO ESPAÑA,SA.

Sexto.- El trabajador no ostenta ni ha ostentado en el último año la cualidad de representante de los trabajadores.

Séptimo.-Se celebró acto de conciliación ante els Serveis Territorials a Tarragona del Departament d'Empresa i Ocupació, en fecha 27.09.12, con el resultado de intentado sin efecto.

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que las partes contrarias, a las que se dió traslado no impugnaron, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Que como único motivo del recurso y bajo correcto amparo procesal en la letra c) del art. 193 de la LRJS , se denuncia la infracción de los arts 110 y 286 de la LRJS en relación con el art. 56 del ET .

Que la cuestión ha sido ya resuelta por la Sala en su sentencia de 26-9-2013 cuya hermenéutica debe mantenerse por razones de seguridad y no existir ningún argumento que permita revisar tal interpretación.

Decíamos pues en dicha resolución que la reforma operada tanto por el RD 3/2012 como por la posterior ley 3/2012, ha afectado al artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , cuya redacción ha quedado del siguiente modo: "1.- cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. 2.- En caso que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación...3.- En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización se entiende que procede la primera".



Es decir, tras las últimas reformas, los salarios de tramitación solo se devengan si el empresario opta por la readmisión y la opción se entiende hecha por la readmisión, como ya ocurría antes, cuando el empresario no la ejercita expresamente.

En el presente caso es la propia sentencia la que declara extinguida la relación laboral entre las partes después de constatar la falta de actividad de la empresa, aplicando de forma analógica el artículo 286 de la LRJS . Señala dicho precepto, ubicado dentro del capítulo relativo a la ejecución de las sentencias firmes de despido, que "sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, cuando se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal, el juez dictará auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir que señala el apartado 2 del artículo 281, esto es, las percepciones económicas previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores .

De todo ello se desprende que el único supuesto en el que no se devengan salarios de tramitación cuando el despido es declarado improcedente es cuando el empresario opta por el abono de la indemnización. En caso de por la readmisión o esta es la consecuencia legal cuando no ejercita opción alguna, se devengan salarios de tramitación. Si bien el Tribunal Supremo ha admitido que pueda declararse extinguida la relación laboral en la propia sentencia cuando el órgano judicial constate la imposibilidad de la readmisión (STS de 6 de octubre de 2009), la consecuencia no puede ser que el trabajador pierda su derecho a percibir los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la de la sentencia pues, como se ha dicho, tales salarios no se tiene derecho a percibirlos solo cuando el empresario opta por la indemnización y no puede hacerse una interpretación extensiva del precepto en perjuicio del trabajador cuando el empresario no ha hecho uso de la facultad que la ley le otorga y la opción debe entenderse hecha por la readmisión, aplicándolo también a aquellos supuestos en que es el propio juzgador de oficio, sin que el trabajador lo haya solicitado, quien declara extinguida la relación laboral por imposibilidad de llevar a cabo la readmisión, supuesto que es distinto al que contempla el artículo 110.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral , en el que, a petición del propio demandante, puede acordarse tener por hecha la opción por la indemnización si constare no ser realizable la readmisión.

Por otro lado, la tesis de la sentencia de privar al trabajador de los salarios de trámite en casos como el examinado vendría a establecer un trato desigual e injustificado entre aquellos trabajadores que ven su relación laboral extinguida en un momento posterior a la sentencia por ser imposible la readmisión, en que sí tendrían derecho a los salarios de trámite, según el artículo 286.2 de la LRJS y aquellos otros cuya relación laboral se extingue por la misma causa en la propia sentencia, que no tendrían derecho a dichos salarios.

Por todo ello, al haberse producido la infracción denunciada, el recurso ha de ser estimado.

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

FALLAMOS

Estimar el recurso de suplicación interpuesto por D. Constanancio contra la sentencia de 27 de septiembre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona en los autos 799/12, seguidos a instancia de dicho recurrente contra la empresa DEVANTMARFOIX SL y el Fondo de Garantía Salarial, la cual debemos revocar en parte para incluir en el fallo condenatorio los salarios devengados desde la fecha del despido, el 13-2-2012, y la de la sentencia 27-9-2013 , confirmando el resto de sus pronunciamientos.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley de Procedimiento Laboral , consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER,



Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ