



Roj: **STSJ CAT 11685/2014 - ECLI: ES:TSJCAT:2014:11685**

Id Cendoj: **08019340012014107638**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **18/11/2014**

Nº de Recurso: **5370/2014**

Nº de Resolución: **7656/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **FELIX VICENTE AZON VILAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2013 - 8012502

mm

Recurso de Suplicación: 5370/2014

ILMO. SR. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL

ILMO. SR. FÉLIX V. AZÓN VILAS

ILMO. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

En Barcelona a 18 de noviembre de 2014

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 7656/2014

En el recurso de suplicación interpuesto por Luis Angel frente a la Sentencia del Juzgado Social 4 Barcelona de fecha 4 de diciembre de 2013 dictada en el procedimiento nº 272/2013 y siendo recurridos Electricidad Industrial Pascual, S.A. y Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. FÉLIX V. AZÓN VILAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 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 4 de diciembre de 2013 que contenía el siguiente Fallo:

"Que ESTIMANDO la demanda presentada por DON Luis Angel , contra la empresa EIPASA, SA (ELECTRICIDAD INDUSTRIAL PASCUAL, SA) y contra FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre DESPIDO Y CANTIDAD, DECLARO constitutivo de despido tácito el permiso otorgado al actor en fecha de 11.02.2013, calificando al mismo como Improcedente, y DESESTIMO la demanda sobre despido improcedente por razones objetivas acumulada a la pretensión sobre despido tácito, DECLARANDO EXTINGUIDA la RELACION LABORAL existente entre el actor

y la empresa demandada con efectos de esta fecha en que se dicta sentencia, CONDENANDO a la empresa demandada, a que abone, en concepto de indemnización por despido al actor la cantidad de 54.097,68 .

Así mismo CONDENO a la empresa demandada a que ABONE al actor la cantidad de 11.165,04 , con más un recargo anual del 10% por mora, sobre las cantidades que constituyen salario.

ABSUELVO al Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de las responsabilidades subsidiarias que se puedan derivar de la insolvencia empresarial."

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

"PRIMERO.- La parte demandante, DON Luis Angel , con DNI NUM000 , ha prestado sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada con antigüedad de 06.10.1999, mediante contrato indefinido y jornada de 40 horas semanales, con categoría profesional GRUPO 5, y salario bruto diario de 87,36 , con inclusión de la prorrata de pagas extras.

SEGUNDO.- La parte actora no ostenta ni ha ostentado durante el último año representación legal o sindical de los trabajadores.

TERCERO.- El Convenio Colectivo aplicable es el de la empresa siderometalúrgica.

CUARTO.- En fecha de 11.02.2013 la empresa entregó al actor carta, cuyo contenido se da por reproducido, en la que le comunicaba que le concedía un permiso retribuido, con efectos de ese mismo día y hasta nuevo aviso, quedando a partir de dicha fecha el actor sin ocupación efectiva ni percepción salarial.

QUINTO.- Mediante carta de fecha de 12.03.2013, cuyo contenido se da por reproducido, la demandada comunicó al actor su despido con efectos de ese mismo día, alegando causas objetivas, e indicando que no poder poner a disposición del mismo, dada la falta de tesorería, las cantidades correspondientes a indemnización por despido objetivo, que calcula en 23.507 (de los que entiende que 5.413 corresponden a FOGASA y los 18.094 restantes a la empresa), más 1.326 por falta de preaviso.

SEXTO.- A fecha de 11.02.2013 el actor tenía pendiente de percibir de la demandada la cantidad de 11.165,04 por las mensualidades, pagas extras, partes proporcionales y vacaciones que se desglosan en el hecho cuarto de la demanda, que se da por reproducido. A fecha de 12.03.2013 el total devengado es de 13.500,70 para el caso de estimarse esta segunda causa de extinción.

SEPTIMO.- La preceptiva vía de conciliación administrativa consta agotada, habiendo sido registrada papeleta de conciliación en el CMAC, en fechas de 08.03.2013 y 15.03.2013 respectivamente, y celebrados los actos en fechas de 10.07.2013 y 15.03.2013, con resultado en ambos casos de INTENTADO SIN EFECTO."

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se articula el recurso por la representación de Luis Angel sobre la base de dos motivos: en el primero, formulado al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , se pretende la revisión de los hechos declarados probados; y en el segundo, al amparo de la letra c) de la misma norma, se alega infracción del artículo 56.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 110.1.B y 286.1 de la LRJS .

La discrepancia se limita a determinar si en un supuesto en el que el despido ha sido declarado improcedente y no cabe la readmisión por haber desaparecido la empresa, o estar en inactividad, y a solicitud del demandante la sentencia declara extinguida la relación laboral, en tal caso procede o no la condena al pago de salarios de tramitación.

SEGUNDO.- En cuanto a la pretendida modificación de hechos probados que propone el recurso, debe en primer lugar razonarse que, con carácter general, el órgano que conoce del recurso extraordinario de suplicación no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, pues es al Juez de la instancia a quien corresponde apreciar los elementos de convicción para establecer la verdad procesal intentando que la misma se acerque lo más posible a la verdad material. Ahora bien, tal principio debe ser matizado en el sentido del Tribunal ad quem está autorizado para revisar las conclusiones fácticas cuando los documentos o pericias citados por la parte recurrente pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en el que ha incurrido el Juzgador a quo, o la irracionalidad o arbitrariedad de sus conclusiones: De otra forma carecería de sentido la previsión del artículo 193.b) de la ley procesal.



Además, debe señalarse que la jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión y claridad cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera 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; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- 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, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- 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, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente en esta instancia pudiera resultar en otras superiores.

6º.- Que no se trate de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

El recurso pretende que se declare probado que la empresa se encuentra en situación de inactividad. Para ello hace referencia a que el fundamento de derecho segundo de la propia sentencia dice que *"ante la situación de inactividad y baja en que parece estar incurso la demandada"*, así como una serie de documentos que obran en el proceso.

Pero no podemos acceder a la pretensión porque la misma, de estimarse resultaría intrascendente y ello nos aleja de tal posibilidad. Se desestima este motivo.

TERCERO.- En el motivo jurídico se denuncia la infracción del artículo 56.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 110.1.B y 286.1 de la LRJS . La sentencia recurrida entiende que no debe condenar al pago de los salarios de tramitación por cuanto los mismos han desaparecido del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , tras la modificación introducida por el Real Decreto Ley 3/2012. El recurso por el contrario entiende que no existiendo decisión de la empresa en favor de la indemnización, deben abonarse los salarios de tramitación.

Conviene recordar que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social regula la materia en el artículo 110.1 que en su versión inicial tenía la siguiente redacción: *"c) A solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia, y los salarios de tramitación, cuando procedan, hasta dicha fecha"*.

A dicho artículo se le dio nueva redacción por art. 23.1 del RDL 3/2012, de 10 de febrero , y por el mismo artículo de la Ley 3/2012 de 6 julio 2012, pasando a ser posteriormente la letra b) y quedando regulado en los siguientes términos: *"A solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia"*.

Se constata que tras la modificación ha desaparecido la referencia a los salarios de tramitación.

CUARTO.- Esta Sala ha dado respuesta en varias ocasiones a la cuestión, de forma no siempre uniforme. En concreto vamos a transcribir la posición que debería llevar a la estimación del recurso y también la contraria.

1. *Resolución favorable a estimar el recurso* . La sentencia de esta Sala de fecha 26-9-2013, nº 6024/2013, Recurso de Suplicación número 3183/2013 , en su razonamiento jurídico segundo expresa lo siguiente:

SEGUNDO.- La sentencia recurrida, después de declarar el despido del actor improcedente y extinguir al mismo tiempo su relación laboral, condena a la empresa demandada a abonarle la correspondiente indemnización, pero



no a los salarios de tramitación por no haber readmisión. En el auto de aclaración de 21.1.2013 se argumenta con más detalle que tras el RD 3/2012 y la posterior ley 3/2012 la normativa deniega los salarios de tramitación en el caso de que el empresario opte por la indemnización o que sea el mismo trabajador quien, constatada la falta de actividad de la empresa, pida la extinción indemnizada de la relación laboral, pudiéndose aplicar de forma analógica el artículo 286 de la LRJS previsto para el caso de que no haya opción por la readmisión, es decir declarar extinguida la relación laboral, con abono de la indemnización calculada hasta el momento de la sentencia, pero sin salarios de tramitación.

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 constata 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.

2. Resolución que implica la desestimación del recurso. La sentencia de esta Sala de fecha 7-5-2014, nº 3341/2014, Recurso de Suplicación número 1704/2014, razona en los siguientes términos:

ÚNIC.- A través d'un sol motiu de suplicació, articulat per la via de l'apartat c) de l' art. 193 LRJS denuncia la part actora la infracció d'allò previst a l' article 110.1 b) LRJS en relació als articles 74.1 del mateix cos legal, 56 ET i 1134 CC, així com la doctrina cassacional que cita i els articles 279 i següents LRJS i 1101 i 1272 CC. La tesi del recurs passa en aquest punt per la consideració que l'estimació de la pretensió de la demandant per a que s'extingís el vincle entre les parts en el cas que es declarés l'acomiadament improcedent hauria d'haver comportat la condemna a l'empresa a salaris de tramitació, màxim si es té present que l'empresa no comparegué al judici.



El motiu no pot ser estimat, atès que la Sala no comparteix l'argumentació de la recurrent. En efecte, caldrà observar que des de fa anys era pràctica força habitual en els jutjats extingir el vincle contractual en sentències en les què es declarava la improcedència de l'acomiadament quan constava en forma clara que la readmissió resultava impossible (generalment, per haver tancat portes l'empresa), fent una interpretació integrada del règim de condemnes en matèria d'acomiadament i el tràmit d'execució d'aquesta modalitat contractual. I això per obvis motius d'economia processal, atès que cap sentit tenia obligar al treballador a acudir a un procés executiu quan pels elements concorrent l'empresa no efectuarà l'opció (operant, per tant, la ficció jurídica de l'opció tàcita per la readmissió) Aquesta pràctica fou validada per la doctrina cassacional. Així, per exemple, la STS UD 06.10.2009 (rec. 2832/2009) en la què s'indicava:

Posteriorment la LRJS passà a elevar a rang legal aquesta doctrina judicial. D'aquesta manera, en la redacció inicial de l'article 110.1 b) s'establí en forma expressa que "A solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia, y los salarios de tramitación, cuando procedan, hasta dicha fecha".

No obstant, els salaris de tramitació foren eliminats pel RDL 3/2012 -i la posterior Llei 3/2012-, llevant declaració de nul·litat, declaració d'improcedència amb opció per l'empresari per la readmissió o, en el seu cas, opció pel treballador per la readmissió quan aquest en tingui el dret. I en aquest sentit, el RDL 3/2012 eliminà de l'article 110.1 b) la referència als salaris de tramitació en aquests supòsits.

Certament, pel seu origen, la figura de la sentència extintiva té, com s'ha dit, la finalitat d'evitar que el treballador tingui que acudir a la via específica de l'execució quan l'empresa ha desaparegut. I des d'aquest punt de vista podem compartir amb la recurrent, des d'un punt de vista de política del dret, que en aquesta tessitura hauria de mantenir-se el dret als salaris de tramitació .

Ara bé, caldrà estar a l'aplicació de la Llei. I en aquest cas la voluntat del legislador és clara i diàfana, en haver eliminat del precepte esmentat la referència a la meritació dels salaris de tramitació a partir del RDL 3/2012. I si es té present que l'acomiadament aquí discutit tingué efectes 31.10.2012 -per tant, quan la dita norma i la posterior Llei 3/2012 ja estaven en vigor- és del tot evident que en el present supòsit no es meriten salaris de tramitació .

Teniendo en cuenta que quienes ahora suscribimos la sentencia, conformamos Sala en su día para dictar la segunda de las resoluciones transcritas, nos vemos obligados, al haber expresado ya nuestra opinión al respecto, a desestimar el recurso, reproduciendo toda la argumentación de nuestra sentencia de 7 de mayo.

FALLAMOS

Que debemos desestimar, como lo hacemos, el recurso de suplicación interpuesto por Luis Angel frente a la sentencia del Juzgado de lo Social 4 de Barcelona, de fecha 4 de diciembre de 2013 , recaída en autos 272/2013, seguidos a su instancia contra ELECTRICIDAD INDUSTRIAL PASCUAL S.A. y Fondo De Garantía Salarial, y en su consecuencia confirmamos la misma en todos sus extremos. 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 Reguladora de la Jurisdicción Social , 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. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 0937 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° 0937 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/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ