



Roj: **STSJ GAL 8470/2014 - ECLI:ES:TSJGAL:2014:8470**

Id Cendoj: **15030340012014105099**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **05/12/2014**

Nº de Recurso: **3608/2014**

Nº de Resolución: **6006/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSE ELIAS LOPEZ PAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 15078 44 4 2013 0001686

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0003608 /2014. BC

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000552 /2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de SANTIAGO DE COMPOSTELA

Recurrente/s: Leandro

Abogado/a: EMILIO CARRAJO LORENZO

Recurrido/s: FOGASA, DAVIÑA,S.L. , ADMON CONCURSAL DAVIÑA SL (Martin)

Abogado/a: , OSCAR RODRIGUEZ MALLO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

ILMO. SR. D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ

ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

En A CORUÑA, a cinco de Diciembre de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0003608/2014, formalizado por el LETRADO D. EMILIO CARRAJO LORENZO, en nombre y representación de Leandro , contra la sentencia número 144/2014 dictada por XDO. DO SOCIAL



N. 2 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000552/2013, seguidos a instancia de Leandro frente a FOGASA, DAVIÑA,S.L., ADMON CONCURSAL DAVIÑA SL (Martin), siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Leandro presentó demanda contra FOGASA, DAVIÑA,S.L., ADMON CONCURSAL DAVIÑA SL (Martin), siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 144/2014, de fecha veinticuatro de Marzo de dos mil catorce .

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

1º.- La parte demandante suscribió contrato laboral con la demanda Daviña SL en fecha de 20 de enero de 2.004 con la categoría profesional de oficial de 3º y un salario de 1.542 euros mensuales. 2º.- El día 23 de abril de 2.013 se le notifica a cada uno de los trabajadores el despido individual por causas objetivas en virtud de carta que en esta sede se da por reproducida, todo ello en virtud del Expediente de Regulación de Empleo iniciado en fecha de 22 de marzo de 2.013 que afectó a 32 trabajadores. En la carta de despido se señalaba como fecha de efectos del despido la de 23 de abril de 2.013. Se da por reproducida en esta sede el tenor literal de la carta de despido. 3º.- En fecha 22 de marzo se comunico a la autoridad laboral expediente de regulación por el que se verían afectados 31 trabajadores de una plantilla de 52. En dicha fecha se da inicio al periodo de consultas, con comunicación a los representantes legales de los trabajadores. 4º.- El periodo de consultas finalizó el día 22 de abril de 2013, habiéndose celebrado reuniones el 3, 9, 15 y 22 de abril de 2013. 5º.- En todas las reuniones celebradas en el seno del período de consulta los representantes de los trabajadores ponen de relieve la empresa no ha puesto a su disposición la documentación necesaria para conocer el alcance real de la situación en la que se encuentra la empresa, reiterando en todas las reuniones principalmente la falta de entrega de las cuentas anuales del año 2012. 6º.- La Inspección de Trabajo manifiesta en su informe de fecha 29 de abril de 2013 lo siguiente : *«En cuanto a la documentación prevista en el art. 3 del RD en su comunicación inicial a la autoridad laboral la empresa acompaña cuentas anuales de los años 2010, 2011 (auditadas) y presenta las cuentas provisionales de 2012, 2013 (1º T), sin memoria, ni informe de gestión, solo una relación contable de números, declarándose exento de auditoría de cuentas, se acompaña memoria explicativa en relación a la causa alegada incluyendo en la misma criterios tenidos en cuenta en la designación de los trabajadores afectados »*. 7º.- En el referido informe se concluye que la empresa no hace entrega de la documentación legalmente prevista pues *«aun cuando entrega buena parte de la documentación no hace entrega de las cuentas anuales completas del año 2012, sino una relación contable de las mismas »*. 8º.- El acta final de 22 de abril de 2013 finaliza sin acuerdo por los representantes legales de los trabajadores, y la comunicación de de la decisión final a la autoridad laboral se produce el 26 de abril de 2013, comunicándose los despidos en fecha 23 de abril de 2013. 9º.- El estado de las cuentas de DAVIÑA SL en el momento de efectividad del despido y en función de las certificaciones expedidas por las distintas entidades bancarias o de crédito era el que sigue: Novagalicia Banca: certifica que a fecha 23.04.2013 el saldo en la cuenta de la demandada ascendía a 1.344,88 . Banco Echevarria: certifica que a fecha 23.04.2013 el saldo en la cuenta de la demandada ascendía a 9.851,96 . La Caixa: certifica que a fecha 23.04.2013 el saldo en la cuenta de la demandada ascendía a 161,39 . Sabadell: consta extracto con saldo negativo. Banco Popular: consta una de las cuentas con saldo de 88,84 y la otra con saldo negativo. BBVA: consta extracto con saldo negativo. Bankinter: a fecha 01/12/12 saldo cero. 10º.- Según la declaración del impuesto de sociedades y la cuenta de pérdidas y ganancias Pymes de la entidad DAVIÑA SL, en el ejercicio 2010 el resultado fue de: 47.630,54 euros, con un saldo final de 738.581,86 euros; En el ejercicio 2011: -282.255,82 euros, con un saldo final de 456.265,94 euros y en el ejercicio 2012: -907.069,49 euros y un saldo final de 450.863,65 euros. 11º.- Las cifras de volumen de negocios de la empresa DAVIÑA en los tres primeros trimestres de 2011 y los de 2012 son las que siguen: AÑO 2010: 1T- 62.275,04 ; 2T- 93.889,44 ; 3T- 9.641,91 ; 4T- 156.246,49 AÑO 2011: 1T- 22.690,44 2T- 49.058,90 3T- 57.940,42 4T- 52.098,80 AÑO 2012: 1T- 40.215,20 ; 2T- 67.382,21 ; 3T- 40.115,62 1 4T- 86.330,40 AÑO 2013: 1T- 32.448,12 ; 2T- -27.089,29 12º.- El informe del administrador concursal establece que *«partiendo del año 2009, las cifras de ingresos se han visto reducidas de manera sucesiva en un 6,70% en el año 2010, 41,21% en el año 2011, 49,35 % en el año 2012. En el conjunto de la serie, la cifra de ventas del 2012 en relación con el 2009 ha disminuido un 72,22 %»* se recoge también en el informe que *"que en consonancia con esta evolución, de la cifra de negocios se ha comportado el capítulo de aprovisionamientos con un descenso del periodo 2009-2012 de 77,07%»*, en el capítulo de gastos de personal se experimenta una disminución de un 30% y concluye que en consonancia con todo lo anterior la empresa entro en un umbral de pérdidas en el año 2011 consolidadas en el 2012 posicionando los fondos propios en un importe negativo de 451 mil euros. 13º.- La empresa fue declarada en concurso voluntario por auto de fecha 9 de mayo de 2013, dictado por el Juzgado Mercantil nº 1 de A Coruña . 14º.- El trabajador no



ostenta la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa ni representante sindical. 15°.- En fecha de 25 de mayo de 2.013 tuvo lugar el intento de acto de conciliación ante el SMAC sin avenencia.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: ESTIMAR la demanda sobre DESPIDO formulada por don Leandro frente a DAVIÑA SL y, en consecuencia, declarar la NULIDAD del despido efectuado, declarando la extinción de la relación laboral a fecha de la presente resolución fijando la indemnización correcta a percibir por la parte demandante en 22.064,72 EUROS.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estima la demanda interpuesta contra la empresa DAVIÑA SL, declarando la nulidad del despido efectuado, y siendo de imposible cumplimiento la readmisión, por cese de actividad, declara extinguida la relación laboral en la fecha de la resolución impugnada (24 de marzo de 2014), condenando a la referida empresa demandada a abonar al trabajador la cantidad de 22.064,72 en concepto de indemnización, sin fijar cantidad alguna en concepto de salarios de tramitación. Contra este pronunciamiento interpone recurso de Suplicación la representación procesal del trabajador demandante, al objeto de obtener la revocación de la sentencia recurrida para que se incluya también la condena a los salarios de tramitación, articulando al efecto y por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, un solo motivo de recurso, destinando a examinar la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denunciando la infracción, por no aplicación, del art.113 de la LRJS -sobre efectos de la declaración de la nulidad del despido, en relación con el 55.6 ET y 286.1 (Imposibilidad de readmisión del trabajador) de la LRJS, argumentando, en síntesis, que el despido del trabajador demandante fue declarado nulo. Su readmisión es físicamente imposible por el hecho del cierre de la empresa y centro de trabajo, es decir, concurre la situación prevista por el art.286.1 de la LJS -imposibilidad de readmisión del trabajador-, alegando que la situación en efecto comporta la declaración de la extinción de la relación laboral, en este caso, efectuada por la misma sentencia, con fecha de efectos de su dictado, pero no por ello puede exonerarse a la condena del pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la declaración de la extinción, añadiendo que en consecuencia el fallo de la sentencia se ha quedado corto en la determinación de todas las consecuencias que debe contener por la declaración de nulidad del despido, debiendo ser corregido en el sentido de condenar también a la demandada al pago de los salarios dejados de percibir.

SEGUNDO .- Partiendo del inalterado relato probatorio de la sentencia recurrida, la cuestión litigiosa objeto del presente recurso de Suplicación consiste en determinar el periodo que han de abarcar los salarios de tramitación en aquellos casos de despido, cuando existe la imposibilidad de readmisión por la situación de cierre de la empresa, bien hasta la fecha del despido, que es la tesis que sostiene la resolución impugnada, no reconociendo cantidad alguna en concepto de salarios de tramitación; o bien, por el contrario, se devengan salarios desde la fecha del despido hasta la fecha en que se dicta sentencia declarando el despido nulo (sentencia de fecha 24 de marzo de 2014) -aunque esta misma posibilidad sirve también para la calificación del despido improcedente- y que declara también extinguida la relación laboral en esa misma fecha, dada la imposibilidad de readmisión. Y esta cuestión debe resolverse en sentido contrario al expresado por la sentencia recurrida, tal como esta misma Sala declaró resolviendo el recurso de suplicación 2629/2014, y en la sentencia de 10-11-2014 RSU 3996/2014), sobre la base de las siguientes consideraciones:

1ª.- Si bien la opción por readmitir o indemnizar le corresponde al empresario, dado que la empresa carecía de actividad, como recoge el hecho probado segundo de la sentencia de instancia, y habiéndose interesado por la representación del demandante la extinción de la relación laboral, lo que llevó la Magistrada a quo a tener por hecha la opción por la indemnización declarando extinguida la relación laboral en la propia sentencia - fundamento de derecho sexto-, no podemos pasar por alto que ante la carencia ya de actividad del empleador, de no haberse acortado los trámites para evitar un incidente por no readmisión, hubiera desplegado todos sus efectos la readmisión implícita, con los consiguientes salarios de tramitación hasta la fecha en que se dictase en el auto declarando extinguida la relación laboral, conforme al art. 281 de la LRJS .

2ª.- La ley, tanto el art. 56 del ET como el 110 de la LRJS, omite los efectos que tienen lugar cuando es el trabajador el que opta por la indemnización ante el cierre empresarial constatado, y el juez la acepta, por lo que entendemos que de forma analógica procede la aplicación de los arts. 286 y 281 de la LRJS y consideramos que el actor tiene derecho a los salarios de tramitación desde la fecha de efectos del despido, en este caso 23 de abril de 2013 (hecho probado segundo), hasta la fecha de la sentencia, 24 de marzo de 2014, dado que la relación laboral se extinguió por sentencia de dicho día, y no pueden verse mermados los derechos del



trabajador como consecuencia de la anticipación de la declaración de extinción de la relación laboral (En este mismo sentido, Sentencia TSJ Comunidad Valenciana de 15-01-2014 , rec. 2428-2013, seguida por este mismo TSJ resolviendo los recursos de suplicación 2629/2014 y 3996/2014).

Y es que, de aceptarse la tesis que se sostiene en la sentencia recurrida (no reconociendo los salarios de tramitación), obviamente ninguna parte demandante haría uso de la facultad que le otorga el art. 110.1.b) de la LRJS , de solicitar, *caso de no ser realizable la readmisión* , la opción por la indemnización en la misma fecha de la sentencia de despido, sino que, ante el perjuicio evidente que le ocasionaría pedir la anticipación de la extinción de la relación laboral, se optaría por acudir al trámite de la ejecución de la sentencia de despido de los artículos 278 y siguientes, y constatada la no readmisión, el Juzgado de lo Social debería dictar auto, declarada extinguida la relación laboral, y condenaría al empresario al abono de la correspondiente indemnización y de los salarios dejados de percibir hasta la misma fecha del auto de extinción (art. 281.1.c) LRJS).

Por lo tanto, debemos acoger el recurso, y reconocer los salarios de tramitación desde la fecha del despido, hasta la fecha de la extinción de la relación laboral, coincidente con la fecha de la sentencia, aceptando así los términos y cantidades que se establecen en el recurso, pues siendo el salario diario declarado probado el de 1542 mensuales/50,72 diarios; habiendo sido despedido el trabajador el 23-4-2013 y dictada la sentencia el 24-3-2014 , han transcurrido 336 días; luego los salarios ascienden a 17041,92. Por todo lo expuesto, al haber incurrido la resolución impugnada en las infracciones legales denunciadas, procede la estimación del recurso de suplicación interpuesto por el trabajador demandante, y la consiguiente revocación de la sentencia recurrida en cuanto debió incluir también la condena de la empresa al pago de los salarios de tramitación. Por todo ello,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación del trabajador demandante DON Leandro , contra la sentencia del Juzgado de lo Social Número DOS de Santiago de Compostela, de fecha 24 de marzo de 2014 , recaída en autos 552/2013, seguidos a instancia del referido trabajador frente a la demandada empresa DAVIÑA SL, en reclamación por despido, y con revocación de la misma, condenamos también a dicha empresa a abonar los salarios de tramitación por importe de DIECISITE MIL CUARENTA Y UN EUROS, CON **NO** VENTA Y DOS CENTIMOS (17041,92), manteniendo los demás pronunciamientos del fallo de la resolución impugnada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 0000 80 ó 35 **** ++).

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.