



Roj: **STSJ CAT 11840/2014 - ECLI: ES:TSJCAT:2014:11840**

Id Cendoj: **08019340012014107779**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **21/11/2014**

Nº de Recurso: **3610/2014**

Nº de Resolución: **7704/2014**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FELIPE SOLER FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG : 43148 - 44 - 4 - 2013 - 8052296**

AF

**Recurso de Suplicación: 3610/2014**

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMA. SRA. MARIA PILAR MARTIN ABELLA

En Barcelona a 21 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. 7704/2014**

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Armando frente a la Sentencia del Juzgado Social 3 Tarragona de fecha 20 de marzo de 2014 dictada en el procedimiento nº 911/2013 y siendo recurridos A.C.O. Rodonya, S.L. y Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. FELIPE SOLER FERRER.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 8 de noviembre de 2013 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, 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 20 de marzo de 2014 que contenía el siguiente Fallo:

"Que ESTIMANDO parcialmente la demanda interpuesta por D. Armando , con N.I.E. nº NUM000 , contra la empresa A.C.O RODONYA, S.L., sobre despido, debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA del despido, y en consecuencia, condeno a la empresa demandada, a estar y pasar por dicha declaración, estipulándose lo siguiente:

- a) Se declara extinguida la relación laboral existente entre las partes con efectos del 20-9-2013.
- b) La empresa demandada deberá satisfacer a la parte actora una indemnización de 133,83 euros. "



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

**PRIMERO.-** El actor D. Armando , prestó servicios para la empresa demandada A.C.O RODONYA, S.L., dedicada a la actividad de la construcción, ostentando la categoría profesional de Peón, percibiendo un salario mensual con inclusión de prorrata de pagas extras de 1.459,92 euros.

(docum. nº 7 de la parte actora)

**SEGUNDO.-** El demandante prestó servicios para la empresa demandada en las siguientes fechas, que obran en la vida laboral que consta en autos:

-Del 06-04-2009 al 29-07-2009.

-Del 06-08-2009 al 28-04-2010.

-Del 23-07-2010 al 07-10-2011.

-Del 22-11-2011 al 28-09-2012.

-Del 05-11-2012 al 01-02-2013.

-Del 25-02-2013 al 30-06-2013.

-Del 18-09-2013 al 20-09-2013.

De la prestación de servicios anterior constan documentados los siguientes contratos:

-Del 25-02-2013 al 30-06-2013. Contrato de obra o servicio determinado para la prestación de servicios en la obra situada en la C/ Lluís Mestres i Capdevila de Tarragona.

-Del 18-09-2013 al 20-09-2013. Contrato de obra o servicio determinado para la prestación de servicios en la obra situada en la Baixada de la Savinosa de Tarragona.

(docum. nº 1 a 5)

**TERCERO.-** La empresa demandada en fecha 19-9-2013, comunicó al actor mediante carta, la finalización del contrato de obra que tenían suscrito con efectos del 20-9-2013.

(docum. nº 8 del actor)

**CUARTO.-** No consta en las actuaciones que la obra para la que había sido contratado el actor, hubiera finalizado.

(ficto confessio de la demandada)

**QUINTO.-** La empresa demandada está cerrada y sin actividad.

(documental que obra en autos)

**SEXTO.-**El demandante no ocupa, ni consta que haya ocupado en el último año, cargo representativo o sindical.

**SÉPTIMO.-** Se interpuso la preceptiva papeleta de conciliación ante el organismo público competente el 17-10-2013, celebrándose con el resultado de intentado sin efecto, el 6-11-2013.

**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

**PRIMERO.-** La sentencia del Juzgado declaró la improcedencia del despido del trabajador demandante, declarando extinguida la relación laboral con efectos del 20-9-2013 y condenando a la empresa demandada a que satisfaga al actor una indemnización de 133,83 euros.

Contra dicha resolución formula recurso de suplicación la parte demandante, con un primer motivo, amparado en el apdo. a) del art. 193 LRJS , por el que solicita la nulidad de la sentencia por ser arbitraria e incongruente, lesionando el art. 24 CE . Argumentando, en síntesis, que se declara en su hecho probado quinto que la empresa está cerrada y sin actividad, sin que exista prueba documental en autos que acredite tal extremo.

El motivo no puede prosperar. Pese a lo sostenido en el recurso, hay que proclamar que la sentencia de instancia cumple sobradamente los requisitos de motivación mínima suficiente, tanto fáctica como jurídica, pues tras su lectura se colige que el Juez "a quo", apreciando en conjunto las pruebas practicadas, alcanzó unas determinadas conclusiones fácticas, a las que seguidamente aplicó las consecuencias jurídicas que consideró



oportunas, lo que permite conocer las razones que fundamentaron su decisión, en modo alguno arbitraria. La parte recurrente pretende llevar al terreno de la nulidad de actuaciones lo que en realidad no es sino una mera disconformidad, sin duda legítima, con la valoración probatoria realizada por el Juzgador de instancia, que debe impugnarse por la vía del apdo. b) del art. 193 LRJS .

**SEGUNDO.-** Dicho cauce procesal se utiliza seguidamente por la parte recurrente para impugnar ese hecho probado quinto, pidiendo su supresión por falta de prueba en autos que permita sostener que la empresa demandada está cerrada y sin actividad.

Motivo que también está abocado al fracaso. La invocación de prueba "negativa" (inexistencia o insuficiencia de prueba) no es cauce hábil para revisar hechos probados en suplicación. Siempre que exista un mínimo de actividad probatoria, que haya permitido la valoración judicial, resulta inadmisibile la llamada prueba negativa, es decir, la revisión fundada en la simple alegación de la carencia de pruebas referidas al hecho de que se trate. Y en el caso de autos existe ese mínimo probatorio, pues según diligencia de constancia de fecha 8-1-2014 resulta que la empresa consta de baja en Seguridad Social, habiendo resultado infructuosas las citaciones que se han cursado a la misma en los domicilios que de ella constan en autos, siendo igualmente infructuosas las realizadas a sus administradores sociales, habiendo sido citada la empresa por edictos al acto del juicio, datos todos estos por los que cabe razonablemente inferir que la empresa ha cesado en su actividad.

**TERCERO.-** Se acusa en el siguiente motivo, de censura jurídica, al correcto amparo del apdo. c) del art. 193 LRJS , infracción del art. 110.1 LRJS , en relación con el artículo 56 ET .

Esta censura debe prosperar. Dispone el art. 110.1.b) LRJS 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. Dicho lo cual, hay que convenir con el recurrente en que no hubo en este caso solicitud de la parte demandante a tal efecto. Del visionado del DVD del juicio resulta que en dicho acto, al que sólo compareció la parte actora, el Juzgador puso de manifiesto al Letrado de dicha parte la imposibilidad de llevar a cabo la readmisión, a fin de que manifestara si optaba por la indemnización y extinción de la relación laboral, contestando el Letrado de forma harto dubitativa, sin formular en momento alguno manifestación expresa de opción por la indemnización.

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 ), en aplicación analógica del art. 284 LPL (actualmente 286 LRJS ), 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 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 LRJS , 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 solución 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.

**CUARTO.-** En el último motivo se acusa infracción de los arts. 209.4 , 218.1 y 218.3 LEC , argumentándose que el Juez no se pronuncia sobre la alegada vulneración del art. 15.5 ET , pues el trabajador demandante, en un período de 30 meses, ha prestado servicios durante 26 meses y 2 días, por lo que existiría una relación laboral indefinida con antigüedad desde el primer contrato temporal (6-4-2009).

Motivo que no puede prosperar, pues el trabajador ha venido prestando servicios para la demandada a través de diversos contratos temporales de obra o servicio determinado, como peón de la construcción, y del inatacado hecho probado segundo resultaría que la ejecución de las obras objeto de los distintos contratos se habría realizado en distintos lugares, por lo que no hay elementos para apreciar que estemos ante un mismo puesto de trabajo tal como exige el precepto estatutario. En asunto análogo señala la STSJ Cataluña 1-3-2012 (rec. 6795/2011 ): "Con arreglo al artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores , apartado introducido por la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo, los trabajadores que en un periodo de



treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos. Dicho precepto que tiene por finalidad combatir la utilización abusiva de la contratación temporal, se refiere a la contratación para un mismo puesto de trabajo, pero *no puede aplicarse a supuestos como el presente en que la actividad de la empresa es la construcción y si bien ha existido una concatenación de contratos temporales el trabajador nunca ha prestado servicios en el mismo puesto de trabajo sino en distintas obras (...)*".

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

## FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de suplicación interpuesto por D. Armando contra la sentencia de 20 de marzo de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº3 de Tarragona en los autos de despido 911/2013, seguidos a instancia de dicho recurrente contra la empresa A.C.O. RODONYA S.L. 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 20-9-2013 hasta la de la sentencia 20-3-2014, confirmando el resto de sus pronunciamientos.

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 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), Nº 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.