



Roj: **STSJ CAT 6125/2015 - ECLI:ES:Tsjcat:2015:6125**

Id Cendoj: **08019340012015103934**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **16/06/2015**

Nº de Recurso: **1698/2015**

Nº de Resolución: **3947/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **IGNACIO MARIA PALOS PEÑARROYA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2014 - 8015638

CR

Recurso de Suplicación: 1698/2015

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMA. SRA. M. MAR GAN BUSTO

ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA

En Barcelona a 16 de junio de 2015

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. 3947/2015

En el recurso de suplicación interpuesto por Patricio frente a la Sentencia del Juzgado Social 32 Barcelona de fecha 14 de enero de 2015 dictada en el procedimiento Demandas nº 322/2014 y siendo recurrido/a Sedimap, S.L. y Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 1 de abril de 2014 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 14 de enero de 2015 que contenía el siguiente Fallo:

"Que debo ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por D. Patricio contra la entidad SEDIMAP S.L. efectuando las siguientes declaraciones:

a) Que debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA del despido realizado al demandante con fecha de efectos 28 de febrero de 2014, DECLARANDO LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL en la misma fecha de efectos del despido de 10 de febrero de 2014, atendida la imposibilidad de readmisión.



b) Que debo condenar y condeno a la entidad SEDIMAP S.L a que abone al demandante D. Patricio la cantidad 3.372,12 euros en concepto de indemnización por la extinción de su relación laboral. Cantidad de las que deberán descontarse las efectivamente percibidas, caso de haberse efectuado percepción de cantidad alguna, en virtud del despido inicialmente operado. Y que devengará los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

c) Se absuelve al FOGASA sin perjuicio del cumplimiento de sus responsabilidades legales al amparo del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores . "

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

"PRIMERO.- El demandante D. Patricio con DNI nº NUM000 , acredita en la entidad demandada SEDIMAP S.L., antigüedad desde el 11 de abril de 2012 con categoría profesional de Técnico B2B y salario bruto mensual con prorata de pagas extraordinarias de 1.600 euros. La relación laboral se artículo inicialmente mediante contrato de trabajo indefinido a tiempo completo.

(documentos del ramo de prueba del demandante, número 1 y 3 a 6 consistente en contrato de trabajo y nóminas del actor).

SEGUNDO.- El demandante recibió en fecha 28 de febrero de 2014, comunicación por despido objetivo, con fecha de efectos de ese mismo día al amparo del artículo 52 c) y 51.1 del Estatuto de los Trabajadores alegando causa económica manifestando que el resultado del ejercicio 2012 ha sido positivo en 126.222,05 euros y el resultado del ejercicio 2013 es negativo en la cantidad de -1.841.181,15 euros., reconociendo al trabajador una indemnización por despido objetivo de 2.016,33 euros, que no puede poner a su disposición alegando motivos de tesorería.

(comunicación aportada por el demandante como documento número 1 y que se da por íntegramente reproducido).

TERCERO.- El demandante no ostenta ni ha ostentado representación legal o sindical de la empresa demandada durante al año anterior a la comunicación. .

CUARTO.- La entidad demandada permanece en el momento del dictado de esta Sentencia cerrada y sin actividad desde el 21 de marzo de 2014.

(actos de comunicación realizados por el Juzgado con resultado negativo y consulta de oficio a los archivos de la Tesorería General de la Seguridad Social)

QUINTO.- Por la actora se solicitó la celebración de conciliación ante el SCI del Departament de Treball, con el resultado que consta en las actuaciones de intentado sin efecto, acto celebrado en fecha 9 de mayo de 2014. "

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, 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.- Formula el recurrente, D. Patricio , al amparo del apartado a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , un único motivo en el que denuncia la infracción por indebida aplicación del artículo 110.1.a) en relación con el apartado b) del mismo artículo, y del artículo 286, todos ellos de la LRJS , así como del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores . Aceptando la declaración de improcedencia de su despido, discrepa en cuanto al momento en que se produce la extinción de su relación laboral, que no sería en la fecha del despido sino la de la propia sentencia, por lo que tendría derecho a los salarios de tramitación devengados entre una y otra fecha, que la sentencia no le ha reconocido, así como también a la indemnización correspondiente calculada hasta la fecha de la sentencia y no del despido.

Esta Sala en sentencia de 26 de septiembre de 2013 (recurso nº 3183/13), de la que fue Ponente quien lo es del presente recurso, sostuvo la tesis que ahora defiende el recurrente señalando lo siguiente"

"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".

Pero no siendo un tema pacífico la cuestión que plantea el recurrente, al haberse dictado por la propia Sala sentencias de signo contrario, se reunió el Pleno de la misma para dictar la sentencia de 20 de mayo de 2015 (recurso nº 7155/2014), que mayoritariamente se ha inclinado por un criterio contrario al sostener que en los supuestos en que es la propia sentencia la que extingue la relación laboral por imposibilidad de readmisión no se devengan salarios de trámite. En concreto dice dicha sentencia, que cuanta con un Voto Particular, lo siguiente:

"Sobre esta concreta cuestión de nuevo nos encontramos que la doctrina de suplicación tampoco en este punto se pone de acuerdo, basta para ello acudir a las sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia que, a través de una doctrina consolidada en esa comunidad, y a través de numerosas sentencias (7 y 22.10.2014, rec. 2629 y 2982/14 respectivamente, 17 y 28 de noviembre de 2014, rec. 3413 y 3387/2014, o 5.12.2014, rec. 3608/14 entre otras muchas) reconoce el derecho a cobrar salarios de trámite. En igual sentido se pronuncia la Sala de Valencia y la de Madrid, en las sentencias que más arriba hemos reseñado.

En nuestra Sala hasta esta sentencia que se ha deliberado en Pleno, esta cuestión no era pacífica, como lo ponen de manifiesto las sentencias de 26.9.2013, rec. 3183/2014; de 5.5.2014, rec. 1955/14 o la de 21.11.2014, rec. 3610/2014, que se inclinaban por el devengo de salarios de trámite; en contra las de 7.5.2014, rec. 1704/2014, de 8.11.2014, rec. 5370/14; y de 15.12.2014, rec. 5913/2014, que optaron por negar el derecho al trabajador a percibir salarios de trámite por considerar que tras la reforma de 2012, solo se generan si el empresario ha optado por la readmisión, bien de forma expresa o por imposición legal.

Ahora pretendemos, en la medida de las posibilidades que nos ofrece este asunto, unificar dicho criterio estableciendo que en este tipo de supuestos en que exista imposibilidad de readmitir al trabajador, no se devengarán salarios de trámite. En resumen las razones que nos llevan a ello se sustentan en las previsiones contenidas en el artículo 110.1 de la LRJS, según la cual: "si el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido,



así como al abono de los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2 del art. 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización, cuya cuantía se fijará de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del art. 56 de dicha Ley, con las siguientes particularidades:

a) En el acto de juicio, la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización podrá anticipar su opción, para el caso de declaración de improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 111 y 112.

b) 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.

A la vista del contenido de la norma transcrita, puesta en relación a la redacción que tenía antes de que fuera modificada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, se puede apreciar que el legislador, en el actual apartado b), cuando recoge la posibilidad de que se tenga hecha la opción por la indemnización en sentencia para el caso de imposibilidad de readmisión, solo prevé que los efectos de dicha extinción judicialmente declarada conlleve el pago de la correspondiente indemnización por despido, calculando su importe hasta la fecha de la sentencia, pero nada dice ni refiere sobre el pago de salarios que esta contenía antes de ser modificada y en la que se añadía a lo anterior la frase "...salarios de tramitación, cuando procedan, hasta dicha fecha". Además tal supresión en ese último inciso cohonesta con la redacción del artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores que también fue afectado por dicha ley, en el sentido de que la opción por la extinción no lleva aparejada la obligación del pago de salarios de tramitación. Pero dicha contradicción ha de resolverse en el sentido que postulamos, pues no solo el precepto se refiere a la ejecución de sentencias, sino que no puede obviarse que el legislador de 2012 ha restringido la indemnización complementaria de los salarios de tramitación a tan solo los supuestos en que se opte por la readmisión, conforme establece la actual redacción del artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, precisando dicha norma que la opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo del trabajo.

Ahora bien, tampoco podemos pasar por alto que cuando el demandante no solicita la extinción de su contrato por imposibilidad manifiesta de ser readmitido, si concurre causa legal que lo impida, como ocurre en estos autos, debe permitirse al Juzgador decidir extinguir su contrato aplicando por analogía lo dispuesto en el artículo 286.1 LRJS, pero con los efectos que regula el apartado 1.b) del artículo 110 LRJS, en relación con el cálculo de la indemnización, pues este precepto no hace otra cosa que modular el alcance de la indemnización para estos supuestos, y que en condiciones de normalidad hubiese supuesto su determinación como día final para su cálculo, el de la extinción decidida por el demandante, pero en cambio, en relación a los salarios de trámite, no habiéndose optado por la readmisión, las consecuencias de la concurrencia de una causa legal y manifiesta, no puede extenderse más allá de los efectos que impone el artículo 56.1 del TRLET, y por tanto, sus efectos se producirán en la fecha efectiva del cese en el trabajo.

Interpretación que no impide ni altera ni afecta a los supuestos que en ejecución regula el artículo 286.1 LRJS - en los que no se haya ejercitado el derecho de opción, o la solicitud del demandante en el juicio- y que por tanto se generen salarios de trámite, toda vez que en estos se produjo ope legis la readmisión y las consecuencias no pueden ser otras que las que regula dicho precepto. Es cierto que esta posición puede dar lugar a que el demandante nunca pida voluntariamente la extinción de su contrato y espere a la fase de ejecución para poder percibir salarios de trámite, pero eso es una posibilidad que admitió el legislador, otra cosa sería determinar si se puede anticipar la extinción en sentencia, y quien lo puede hacer, cuando existe una imposibilidad manifiesta de readmisión, pero esta cuestión no forma parte de este proceso, aunque lo correcto sería permitir al Juzgador con referencia al artículo 286 LRJS que lo hiciera, y solo en los supuestos de pérdida del derecho de opción ope legis, como ha ocurrido en el caso de autos, pero no en el resto de los supuestos, si claro está la empresa o el trabajador no lo piden".

Por consiguiente, siendo esta la doctrina sustentada por la mayoría de los integrantes de esta Sala, el recurso no puede prosperar en cuanto a los salarios de tramitación que se reclaman, al no devengarse salarios de esta índole cuando es la propia sentencia la que extingue la relación laboral al no ser posible la readmisión. Pero sí debe ser estimado en cuanto a la indemnización que le corresponde al trabajador, la cual debe calcularse hasta la fecha de la sentencia y no del despido, por analogía con lo dispuesto en el artículo 110.1.b) de la LRJS, que obliga a calcular la indemnización por el despido hasta la fecha de la sentencia cuando se declara extinguida la relación laboral en la misma a solicitud de la parte demandante y el artículo 286 que se pronuncia en los mismos términos cuando se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cierre o cese de la empresa, supuesto en el cual debe dictarse auto declarando extinguida la relación laboral hasta la fecha de dicha resolución, por lo que la indemnización deberá incrementarse en 33 días por año de servicio por el



periodo que abarca desde la fecha del despido, el 28.2.2014, a la de la sentencia que se dictó el 14.1.2015 , esto es en 1.760 euros adicionales.

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

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de suplicación interpuesto por D. Patricio contra la sentencia de 14 de enero de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 32 de Barcelona en los autos nº 322/2014, seguidos a instancia de dicho recurrente contra la empresa Sedimap SL y el Fondo de Garantía Salarial, la cual debemos revocar en parte, fijando en concepto de indemnización que le corresponde al actor por la extinción de su relación laboral la cantidad de 5.132 euros, 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.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Asimismo, 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 artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará 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, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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.