



Roj: **STSJ CAT 6226/2015 - ECLI:ES:Tsjcat:2015:6226**

Id Cendoj: **08019340012015104031**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **20/05/2015**

Nº de Recurso: **7155/2014**

Nº de Resolución: **3275/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **AMADOR GARCIA ROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2014 - 8013205

mm

Recurso de Suplicación: 7155/2014

ILMO. SR. JOSÉ DE QUINTANA PELLICER

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ

ILMO. SR. IGNACIO M^a PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMO. SR. ADOLFO MATÍAS COLINO REY

ILMA. SRA. M^a DEL MAR GAN BUSTO

ILMO. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

ILMO. SR. MIGUEL ANGEL SÁNCHEZ BURRIEL

ILMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

ILMO. SR. AMADOR GARCÍA ROS

ILMO. SR. FELIX V. AZÓN VILAS

ILMO. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

ILMA. SRA. LIDIA CASTELL VALLDOSERA

ILMA. SRA. M^a MACARENA MARTÍNEZ MIRANDA

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

ILMO. SR. ENRIQUE JIMENEZ ASENJO GOMEZ

En Barcelona a 20 de mayo 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

SENTENCIA núm. 3275/2015

En el recurso de suplicación interpuesto por Begoña frente a la Sentencia del Juzgado Social 31 Barcelona de fecha 16 de junio de 2014 dictada en el procedimiento nº 253/2014 y siendo recurridos Fondo de Garantía Salarial y Anton . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. AMADOR GARCÍA ROS .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 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 16 de junio de 2014 que contenía el siguiente Fallo:

"Que ESTIMO EN PARTE la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Anton frente a Begoña y FOGASA, sobre despido, DECLARO IMPROCEDENTE el sufrido por la parte actora en fecha 17/02/2014, y atendida la imposibilidad de readmisión, DECLARO EXTINGUIDA a fecha de hoy la relación laboral que unía a las partes y CONDENO a Begoña a pagar a la parte actora la suma de 1.762,55 euros en concepto de indemnización, y la de 3.636,24 euros en concepto de salarios de tramitación.

Que ABSUELVO al FOGASA de las pretensiones de la demanda sin perjuicio de sus responsabilidades legales."

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

"PRIMERO.- Begoña es la titular de un establecimiento de joyas de artesanía ubicada en el recinto del Poble Espanyol de Barcelona. El horario de apertura de las tiendas en el recinto es de 10.00 a 18.00 horas, 10.00 a 19.00 horas y 10.00 a 20.00 horas según la época del año. (no controvertido)

SEGUNDO.- En mayo de 2007 la demandada se había quedado sin joyero y el propietario de una tienda cercana le presentó al actor. En aquella fecha el actor comenzó a realizar trabajos de joyería para la demandada, lo que duró hasta el año 2014. (interrogatorio de ambas partes y testifical Sr. Héctor)

TERCERO.- En el año 2007 ambas partes comenzaron una relación de afectividad, que duró hasta el año 2011. (interrogatorio de ambas partes, testifical a instancia de ambas partes)

CUARTO.- El acceso al recinto del Poble Espanyol sólo es posible atravesando unos accesos que, en el caso de trabajadores, registran las entradas realizadas y autorizadas tras pasar la tarjeta identificativa por un control. El actor contaba con una de tales tarjetas a su nombre. (interrogatorio de partes, testifical, folio 94)

QUINTO.- El actor, entre el 03/04/2008 y el 29/5/2014, entró al recinto del Poble Espanyol los días y las horas que constan en los listados obrantes en las actuaciones, cuyo íntegro contenido se da por reproducido. En ellos consta que en 2014 accedió los días 4, 5, 8, 9, 14 y 28 de enero, 4, 9, 11 y 12 de febrero. Consta asimismo que no accedió entre los días 06/01/09 y 10/03/09 (62 días), 17/03/2011 y 31/05/2011 (74 días), 27/11/2011 y 09/01/2012 (41 días), 09/01/2012 y 29/02/2012 (42 días), 18/05/2012 y 09/08/2012 (81 días). En el año 2013 accedió 130 días al recinto. (listados folios 72 y 134 a 146)

SEXTO.- En alguna ocasión el actor se quedó a dormir en el establecimiento de la demandada, no obstante no estar permitido por la entidad titular del recinto. El actor, cuando acudía a la tienda, trabajaba en el taller y atendía al público, vendiendo productos, encontrándose aún en la tienda de ordinario cuando llegaba la hora de cierre. (testifical Sra. Marí Trini y el Sr. Jose Luis , a instancia de la demandada y Don. Héctor a instancia del actor)

SÉPTIMO.- La demandada era titular de una cuenta en la entidad Banesto en la que mensualmente ella misma ingresó en efectivo entre, al menos, 2008 y noviembre de 2010, la suma de 1500 euros, señalando como concepto "nómina". En esa cuenta bancaria se cargaron en mayo, junio y octubre de 2010 las cuotas correspondientes a un centro deportivo a nombre del actor, por importe de 23,67 euros cada mes. En ella también se cargaban los recibos de un seguro médico que la demandada suscribió en diciembre de 2007, siendo asegurado el actor. (extractos bancarios, póliza)



OCTAVO.- En agosto de 2010 el actor presentó solicitud de residencia invocando arraigo social, siendo denegada la solicitud por motivo de "la empresa que formaliza el contrato de trabajo no justifica la necesidad de contratación" (folio 173) Tal empresa era la demandada. (hecho no controvertido)

NOVENO.- El día 17/02/2014 la empresaria comunicó al actor, de forma verbal, que ya no contaría más con sus servicios. (prueba de presunciones, según se razonará)

DÉCIMO.- El día 27/02/2014 el actor remitió a la demandada un telegrama aludiendo a un despido verbal de 17/02/2014, solicitando reconsideración del mismo o la entrega de carta de despido. (folio 129) La demandada contestó mediante una carta, cuyo contenido se da por reproducido, en la que indica que "durante los últimos meses has estado viniendo a la tienda a vender tus productos (...) por la amistad que nos unía te he dejado vender tu producto en mi tienda". (folio 132)

UNDÉCIMO.- El actor, de nacionalidad argentina, carece de permiso de residencia y trabajo en España. (no controvertido)"

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que declaró improcedente el despido del actor, y acordó la extinción de la relación laboral en aplicación del art. 286 de la LRJS, por ser imposible su readmisión ya que está en situación administrativa irregular, ahora la empresa, no conforme con dicha decisión, a través del presente recurso de suplicación propone: la revisión de los hechos probados, en concreto de los hechos probados quinto y noveno, así como el examen del derecho, por el que se denuncia a través de varios motivos: a) la infracción del art. 103 de la LRJS, en relación con la sentencia de 30.10.2012 de esta Sala (Rec. 7250/2012), y todo ello por considerar que o bien el actor nunca fue despedido o bien la acción de despido está caducada; b) en este caso, se alega la vulneración del art. 56 del TRLET en relación con el art. 281.2 y 286 de la LRJS, en cuanto que considera que la condena que se le ha impuesto en relación con el pago de los salarios de tramitación, no es ajustada a derecho, pues si no puede ejercitar su derecho de opción, tampoco puede ser condenado al pago de los salarios de trámite, y menos cuando, la readmisión de un extranjero en situación irregular no es posible.

SEGUNDO.- Revisión de los hechos: Con respecto al hecho probado quinto, para que se añada, al final del párrafo primero, la frase siguiente: "... si bien el actor solo prestó servicios en la tienda en el 2014 hasta el 5 de enero de 2014". Pretende fundamentar la modificación en una serie de razonamientos sobre el modo y forma en que fue valorada la prueba por parte del Juzgador de instancia.

En relación con el hecho noveno, postula su supresión, sin hacer referencia a ningún tipo de prueba, y apoyando su petición en meras consideraciones en relación a la convicción alcanzada por el Magistrado.

Ninguno de los dos motivos puede ser estimado: el primero porque pretende forzar la revisión sobre los hechos que el mismo relató en su propia demanda y a los que el Juzgado no le ha dado el valor que ahora persigue. Por lo tanto, no siendo la demanda por sí sola un documento eficaz para acreditar de forma clara y precisa la existencia de un error valorativo, se debe rechazar la revisión solicitada. De todas las formas debemos llamar la atención del recurrente, que de admitirse lo que solicita, incurriríamos en violenta contradicción con el resto de las circunstancias que contiene este hechos, así como con el contenido de otros documentos que contiene en estos autos y que sirvieron de base al Juzgado para alcanzar su convicción, y de los cuales se deduce sin necesidad de hacer ningún tipo de esfuerzo interpretativo, que el actor no fue despedido el día 5.1.2014, sino el 17.02.2014, circunstancia que cabe señalar es incluso reconocida por la propia empresa tal y como lo refleja el telegrama que le envió al actor.

Rechaza la primera de las alteraciones igual suerte debe correr la segunda -hecho noveno-, pues esta además no cumple con los presupuestos esenciales para que pueda ser examinada, en cuanto que es reiterada doctrina jurisprudencial que la modificación del relato histórico requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial [en el recurso de casación únicamente la documental] obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia" (SSTS de 12 de Marzo de 2002 (rec. 379/01), 6 de Julio de 2004 (rec. 169/03), 20 de Febrero de 2007 (rec. 182/05), y 15 de Octubre de 2007 (rec. 26/07), entre otras muchas).



Por consiguiente, como la revisión que se postula no cumple estrictamente con dichos presupuestos, y únicamente persigue suprimir unos hechos que tienen pleno sustento en la prueba practicada así como en la valoración que hizo de la misma el Juzgado con absoluto respeto de las reglas de la sana crítica, que no pueden tacharse de absurdas, ilógicas o arbitrarias, procede rechazar como ya anticipábamos esta última modificación.

TERCERO.- Censura jurídica: En el apartado de censura jurídica, dos son las cuestiones que se suscitan:

A) Se pretende cambiar el sentido del fallo, negando la existencia del despido sobre la base de las modificaciones fácticas que la Sala ha rechazado, por tanto, inalterado el relato de hechos y los fundamentos de la sentencia de igual valor, no pudiendo cuestionarse que el actor fue despedido de forma verbal el 17.2.2014 ello solo puede significar que la acción cuando impugnó dicha decisión no estaba caducada. Se puede apreciar que el actor presentó la papeleta de conciliación ante el servicio de mediación y conciliación administrativo el día 12.3.2014, cuando apenas habían transcurrido 16 días desde el despido, y celebrado el acto de conciliación el 10.3.2014 presentada la demanda el 19.3.2014, es evidente que a dicha fecha no se había superado el plazo de los 20 días a los que se refiere el art. 59.3 TRLET , y 103.1 LRJS . Por lo que procede desestimarse el primer motivo de censura jurídica.

B) En el segundo y último de los motivos, se impugna la sentencia por infracción de los artículos 56 TRLET y 281.1 y 286 de la LRJS . La empresa considera que no le es de aplicación el último de los artículos, dado que este se remite al art. 281.1 del mismo texto legal , y en este supuesto a diferencia del que regula dicho precepto la empresa nunca pudo ejercer el derecho de opción, pues fue el Juzgado y no las partes el que ha extinguido la relación laboral por imposibilidad de readmisión dado que la parte actora es un extranjero que no posee la debida autorización para residir en nuestro país y trabajar. Además, se añade, que a la empresa se le debería haber ofrecido la opción entre readmitir o extinguir el contrato una vez declarada la improcedencia del despido, toda vez que el actor cumple con los requisitos necesarios para regularizar su situación de acuerdo a lo establecido en la LO 4/2000 de 11 de Enero sobre el derecho y libertades de los extranjeros en España.

B.1º) Comenzando por la última de las alegaciones, es conocido, que el artículo 36.3 de la Ley 4/2000 , así como la doctrina que lo interpreta, en su redacción actual, llega a la conclusión que la falta de autorización administrativa para residir y trabajar en España no invalida el contrato, ni tampoco su pérdida sobrevenida, hasta el punto que equipará al trabajador extranjero en situación irregular inicial o sobrevenida a cualquier otro trabajador ya sea extranjero en situación regular o nacional, lógica consecuencia de pretender proteger los derechos que emanan del contrato, y en concreto de los generados hasta el momento de su extinción. Pero extinguido el contrato no existe posibilidad de extenderlos más allá de su vigencia salvo para evitar el enriquecimiento injusto de los empresarios infractores, o para proteger a aquellos extranjeros frente a empresarios que actuaron sin ningún respeto a la Ley, aunque dicho efecto no se extienda a todos los derechos que emanan del contrato (accidente de trabajo, si, prestación de desempleo no - SSTS 18 de marzo de 2008 , y 12 de noviembre de 2008 , rec.800 y 3177/2007 , respectivamente-).

A partir de estos presupuestos límites, los juzgados y tribunales de este orden jurisdiccional, han venido diferenciado en materia de despido, sus efectos procesales, de tal modo que el empresario de extranjero no regularizado no solo pierde el derecho de opción (Sentencias de esta Sala, de 5 de julio 2006, Rec. 1401/2005 , y de 14 de mayo de 2002, Rec. 6085/2001 , entre otras), sino que incluso si llega a perder la autorización que le permitía trabajar por cualquier circunstancia -pérdida sobrevenida-, concurriría causa legal de su extinción. Entonces, si el trabajador extranjero en dicha situación solo es protegido en los términos que hemos señalado, difícilmente puede igualarse la protección procesal a un trabajador nacional en derecho, o a un extranjero regularizado, y menos aún, si la razón alegada no es más que la simple invocación del cumplimiento de unos requisitos que si bien le permitirían obtenerlo en realidad nunca se ha materializado. Por ello, quien no acredita tener la preceptiva autorización administrativa de residencia y de trabajo a la fecha en que fue despedido, no puede continuar prestando sus servicios y su aplicación en los supuestos de despido, al no haber una clara previsión legal, se artículo por los Juzgados, sobre la base del artículo 284 del TRLPL, hoy 286 LRJS , y más tarde fue avalada por la Sala IV del Tribunal Supremo como lo acredita la sentencia de 6 de octubre de 2009, rec. 2832/2009 , entre otras.

En definitiva, no pudiéndose poner en duda la validez del contrato ni los derechos que asisten al trabajador en situación administrativa irregular, no es admisible desde un punto de vista procesal que una vez que ha sido despedido se le ofrezca a la empresa el derecho a mantener a un trabajador en dicha situación - derecho de opción-, ni siquiera aunque este en tramites de solicitar las autorizaciones o incluso aunque la haya perdido y la este de nuevo tramitando. (STSJ CAT de 15 de febrero de 2011, rec. 6343/2010).

B.2º) Establecido que no procede el derecho de opción por imposibilidad legal de readmitir al trabajador, debemos analizar la segunda de las cuestiones: es decir, si declarada en sentencia la improcedencia del



despido, y la extinción del contrato por concurrir dicha limitación legal, es posible condenar al empresario a que abone los salarios de tramitación entre la fecha del despido y la fecha de la sentencia que declara la extinción en aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 286 LRJS .

Con respecto a dicha posibilidad existen una doctrina de suplicación ciertamente contradictoria, y un buen ejemplo nos lo ofrecen las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 20 de enero de 2015, rec. 4147/2014; de la Sala de Valencia, de 15 de enero de 2014, rec. 2428/2013; de 6 de febrero de 2014, rec. 2825/2013; de Madrid de 17 de noviembre de 2014, rec. 704/2014; e incluso de esta Sala, de 7 de mayo de 2014, rec. 1704/2014, 18 de noviembre de 2014, rec. 5370/2014; o 15 de diciembre de 2014, rec. 5913/2014, entre otras muchas. Todas estas sentencias consideran que es posible aplicar como se venía haciendo antes de la entrada en vigor de la LRJS el artículo 284 del TRLPL .

Pero frente a estas existen otras sentencias como las de 3 de diciembre de 2012, rec. 1301/2012 de la Sala de lo Social del TSJ Castilla La Mancha , y la de esta propia Sala de 27.10.2014, rec. 5192/2014 , que postulan lo contrario, defendiendo, que tras la entrada en vigor de la LRJS, solo es posible extinguir el contrato de trabajo en los supuestos que regula el art. 110 LRJS . Al margen de la contradicción existen entre las mismas, en este supuesto, no se ha planteado en concreto esta cuestión, es decir, quién puede solicitar la extinción del contrato de trabajo por imposibilidad de readmisión cuando el demandante no lo pide, ni la empresa ejerce ese derecho en el acto del juicio. En estos autos, la empresa recurrente solo pretende liberarse del pago de los salarios de tramite por considerar que tras la reforma que introdujo el RD Ley 3/2012, y que más tarde mantuvo la Ley 3/2012, en este tipo de supuestos en los que hay una imposibilidad de ejercitar el derecho de opción, ya sea legal o causal, no es posible condenar a la empresa a soportar los salarios de tramitación.

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, ya 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 tramite. 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 pácífica, como lo ponen de manifiesto las sentencias de 26.9.2013, rec. 3183/2014 ; de 5.5.2014, rec. 1955/14 , o la de 21.11.14, rec. 3610/2014 , que se inclinaban por el devengo de salarios de tramite; 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 percibir salarios de tramite por considerar que tras la reforma del 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 sus posibilidades que nos ofrece este asunto, unificar dicho criterio estableciendo que en este tipo de supuestos en los que exista imposibilidad de readmitir al trabajador, no se devengarán salarios de tramite. En resumen las razones que nos llevan a ello se sustentan en las previsiones que contiene el art. 110.1 de la LRJS , según el 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 artículo 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 artículo 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 artículos 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 trascrita, puesta en relación a la redacción que tenía antes de que fuere 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 por 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 el que se añadía a lo anterior la frase "... salarios de tramitación, cuando procedan, hasta dicha fecha ". Además tal supresión de 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. No podemos negar que el precepto genera ciertas dudas interpretativas si se compara con otros preceptos de la misma norma, y en concreto con el art. 286.1, que establece, que frente a la imposibilidad de readmitir al trabajador no solo se extinguirá su contrato de trabajo sino incluso el derecho a percibir 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 sólo los supuestos en los 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 art. 286.1 LRJS, pero con los efectos que regula el apartado 1.b del art. 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 con 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 art. 56.1 del TRLET, y por tanto, su efectos se producirá 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 art. 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 cosas 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 art. 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 esta la empresa o el trabajador no lo piden.

Por todo lo cual, procede estimar en parte el recurso, y revocar la sentencia, en el sentido de condenar a la empresa recurrente a abonar únicamente la indemnización que fija el fallo de la misma, sin salarios de tramitación. Por lo que se debe mantener el resto de la condena tal y como lo contiene resolución judicial impugnada.

VISTOS los anteriores, y obligados por el artículo 120.3 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, razonamientos y argumentos, así como los mencionados preceptos y los demás de general y debida aplicación, los Ilmos. Sres. Magistrados referenciados en el encabezamiento de esta sentencia, previos los actos de dación de cuenta por quien de ellos fue designado Ponente, y conjuntas deliberación, votación y fallo.

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de suplicación interpuesto por Begoña contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 31 de los de Barcelona, de fecha 16 de junio de 2014, en sus autos 253/14, seguidos a instancia de Anton, frente a la recurrente y el Fondo de Garantía Salarial, en reclamación de despido, y en consecuencia, se revoca la misma, únicamente en cuanto a la condena al pago de los salarios de trámite que se le impusieron, que no procede, pero manteniéndose el resto de la condena. Sin costas.

Una vez firme la sentencia se ordena la devolución del depósito efectuado, y la suma correspondiente a los salarios de tramitación que para recurrir tuvo que ser consignada.

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, N° 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.

VOT PARTICULAR que formula la Ilma. magistrada Sra. LIDIA CASTELL VALLDOSERA, emparat en el que disposa l'article 260 de la Llei Orgànica del Poder Judicial, a la sentència emesa per la majoria dels Magistrats que formen el Ple de la Sala, que estima en part el recurs de suplicació interposat per la part demandada, al qual s'adhereixen els/les magistrats/es, Sra. MATILDE ARAGÓ GASSIOT, Sr. LUIS REVILLA PÉREZ, Sra. M^a MACARENA MARTÍNEZ MIRANDA, Sra. M^a DEL MAR GAN BUSTO i Sr. IGNACIO M^a PALOS PEÑARROYA.

PRIMER. La resolució d'instància va estimar la demanda del treballador, declarant improcedent el seu acomiadament i condemnà l'empresa demandada al pagament de la indemnització i dels salaris de tramitació i la sentència de la que discrepo estima en part el recurs interposat per la part demandada, únicament pel que fa al pagament dels salaris de tràmit, argumentant que després de la reforma de l'art. 56.1 de l'Estatut dels Treballadors, feta per la Llei 3/2012, de 6 de juliol, el legislador ha volgut eliminar el pagament dels salaris de tramitació en tot els casos, menys quan l'empresa opta per la readmissió, que en aquest cas no és factible perquè es tracta d'un treballador estranger sense permís de treball i que no és d'aplicació l'art. 286.1 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social, atès que en aquest supòsit es generen salaris de tràmit, perquè es produeix ope legis la readmissió i les conseqüències no poden ser altres que les que regula el dit precepte.

Sobre aquesta qüestió el jutge d'instància argumenta que en ser impossible la readmissió per tractar-se d'un treballador estranger, sense permís de treball, era obligada la substitució de l'opció per una obligació d'indemnització, amb salaris de tramitació, tenint en compte els termes de l' art. 286 de la LRJS , atès que la readmissió era impossible per la manca de permís de treball i no hi havia opció possible per part de l'empresària per la indemnització.

SEGON. Doncs bé, aquest és el raonament que comparteixo. És cert, tal com afirma la sentència majoritària, que després de la reforma operada tant pel RDLL 3/2012, com per la posterior Llei 3/2012, la redacció de l' art. 56 de l'ET ha quedat modificada, ja que en l'actualitat els salaris de tramitació no es meriten en aquells casos en que l'empresari opta per la readmissió.

D'altra banda, en l'actualitat l' art. 110 b) de la LRJS permet que el treballador demani que es tingui per feta l'opció per la indemnització, en aquells casos en que li consti que no és possible la readmissió, supòsit en que la llei permet que, en cas d'improcedència de l'acomiadament, el magistrat pugui tenir per feta l'opció per la indemnització en la mateixa sentència, declarant extingida la relació laboral i condemnant l'empresari a abonar la indemnització per acomiadament, calculada fins la data de la sentència.

En aquest supòsit és cert que no existeixen salaris de tràmit, però cal remarcar que l'article deixa ben clar que aquesta possibilitat d'extinció de la relació laboral en la pròpia sentència, és a petició de la part actora, és a dir, del propi treballador, al qual li pot convenir no haver d'esperar a l'execució de la sentència i prefereix que s'extingeixi el contracte en la pròpia resolució sense més dilacions.

Aquesta possibilitat és una novetat que va introduir la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social, que va recollir una pràctica generalitzada dels magistrats socials abans de la publicació de la dita llei -validada posteriorment pel Tribunal Suprem en sentència de 6 de octubre de 2009 - en que en la mateixa sentència en que es declarava la improcedència de l'acomiadament es declarava extingida la relació laboral en aplicació analògica del que disposava l'article 284 de l'antiga llei de Procediment Laboral, relatiu a l'extinció de la relació laboral en execució de sentència, per tal d'evitar allargar el procediment i obligar els treballadors a demanar l'execució, quan ja estava clar, en el moment del judici, que la readmissió era impossible, normalment per tancament de l'empresa, però també per altres circumstàncies acreditades en el plenari.



Ara bé, en aquest cas aquest article no és d'aplicació, perquè el treballador en cap cas va demanar en el judici que es tingués per feta l'opció per la indemnització. Així doncs, de la regulació citada es desprèn sense cap dubte, que en l'actualitat, l'únic supòsit en que no es meriten salaris de tramitació, és quan l'acomiadament és declarat improcedent i quan l'empresari opta pel pagament de la indemnització. En cas de la readmissió o quan aquesta és la conseqüència legal quan no s'exercita cap opció, es continuen meritant salaris de tramitació.

TERCER. En el supòsit que s'examina, el magistrat d'instància va decidir d'ofici extingir la relació laboral en la pròpia sentència, perquè va tenir en compte que es tractava d'un treballador estranger, que no tenia permís de treball i que, en conseqüència, la readmissió era impossible. Ara be, no va prendre aquesta decisió en aplicació de l'art. abans esmentat que -com hem dit- no és d'aplicació al present litigi, sinó aplicant de forma similar, la pràctica dels magistrats d'instància a la que anteriorment hem fet referència, és a dir, entenent que s'havia d'aplicar l'article 286 de la LRJS, que extingeix la relació laboral en execució de sentència, com si el treballador ja hagués demanat l'execució de la sentència per manca de readmissió. I en aquest cas es meriten salaris de tramitació, tal com estableix el dit article.

Doncs bé, en aquest cas, la conseqüència no pot ser que el treballador perdi el seu dret a percebre els salaris meritats des de la data de l'acomiadament fins la de la sentència, atès que no es té dret a cobrar-los, únicament quan l'empresari opta per la indemnització i entenem que no es pot fer una interpretació extensiva del precepte en perjudici del treballador quan l'empresari no pot fer ús de la facultat que la llei li atorga, per impossibilitat, tant si és material com legal, com és el cas que ens ocupa, atès que en aquest supòsit l'opció s'ha d'entendre feta per la readmissió. I aquest article s'ha d'aplicar també a aquells litigis, com el present, en que és el propi magistrat d'ofici, sense que el treballador ho hagi sol·licitat, qui declara extingida la relació laboral per impossibilitat de que la readmissió pugui tenir lloc, perquè està aplicant per analogia l'art. 286 de la LRJS que els reconeix..

D'altra banda, tal com posen de relleu les sentències d'aquesta Sala de data 26.9.2013 (R. 3183/13) i 5.5.14 (R. 1955/14), la tesi de la sentència majoritària de privar al treballadors dels salaris de tràmit en casos com el que s'està examinant, suposaria establir un tracte desigual i injustificat entre aquells treballadors que veuen la seva relació laboral extingida en un moment posterior a la sentència, per ser impossible la readmissió, en que sí que tendrien dret als salaris de tràmit, segons l'art. 286.2 de la LRJS i aquells altres la relació dels quals s'extingeix per la mateixa causa en la pròpia sentència, que no tindrien dret als dits salaris.

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.