



Roj: **STSJ GAL 6446/2015 - ECLI:ES:TSJGAL:2015:6446**

Id Cendoj: **15030340012015104380**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **09/09/2015**

Nº de Recurso: **2248/2015**

Nº de Resolución: **4596/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X. DE GALICIA SALA DO SOCIAL

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15078 44 4 2014 0002652

402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0002248 /2015 . BC

Procedimiento origen: DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000903 /2014

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Delia

ABOGADO/A: PEDRO AVELINO NAVEIRA COUCEIRO

RECURRIDO/S D/ña: FOGASA, TRABAJOS OBRAS Y SERVICIOS URBANOS SL , LIMPIEZAS SECOPE, S.A.

ABOGADO/A: FOGASA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

ILMO. SR. D. JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. MANUEL CARLOS GARCIA CARBALLO

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

En A CORUÑA, a nueve de Septiembre de dos mil quince.

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 SUPLICACION 0002248/2015, formalizado por el LETRADO D. PEDRO NAVEIRA COUCEIRO, en nombre y representación de Delia , contra la sentencia número 27/2015 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de



SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000903/2014, seguidos a instancia de Delia frente a FOGASA, TRABAJOS OBRAS Y SERVICIOS URBANOS SL, LIMPIEZAS SECOPE, S.A., siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª LUIS F. DE CASTRO MEJUTO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Delia presentó demanda contra FOGASA, TRABAJOS OBRAS Y SERVICIOS URBANOS SL, LIMPIEZAS SECOPE, S.A., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 27/2015, de fecha cuatro de Febrero de dos mil quince .

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

Primero.- La demandante Dª Delia , prestó servicios en la empresa TRABAJOS, OBRAS Y SERVICIOS URBANOS SL, en virtud de los siguientes contratos (doc. nº 2 a 4 del ramo de prueba de la actora): .- contrato de trabajo de duración determinada de fecha 1 de julio de 2004, eventual por circunstancias de la producción, a tiempo completo de lunes a sábado, con la categoría profesional de obrero-peón, con una duración de 01.07.2004 a 30.09.2004 para atender a las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas, excesos de pedidos, consistentes en clasificación de residuos y empaquetado de cartón por incremento del trabajo. Dicho contrato fue prorrogado de 01.10.2004 a 31.12.2004. contrato de trabajo por tiempo indefinido a tiempo completo de lunes a sábado de fecha 1 de enero de 2.005 con la categoría profesional de peón. Segundo.- La demandante Dª Delia , prestó servicios en la empresa. LIMPIEZAS SECOPE SA, en virtud de un contrato de trabado de duración indefinida a tiempo completo de lunes a sábado, con la categoría profesional de peón de fecha 5 de marzo de 2007 (doc. nº 5 del ramo de prueba de la actora). Tercero.- Según consta en la vida laboral de la actora la misma estuvo dada de alta en la empresa TRABAJOS, OBRAS Y SERVICIOS URBANOS SL desde el 01.07.04 a 31.12.04 y desde el 1.1.05 a 28.02.07 y en la empresa LIMPIEZAS SECOPE SA desde el 5.3.2007 (doc. nº 1 del ramo de prueba de la actora). Cuarto.- La categoría profesional de la actora es peón y percibía un salario de 1.167,39 E incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias (según consta en todos -os contratos y nominas aportadas -doc. nº 2 a 23-). Quinto.- La relación laboral de las partes se regula por el Convenio Colectivo de Recuperación y Reciclado de Residuos y Materias Primas Secundarias (consta identificado el convenio en el último de los contratos celebrados con la empresa LIMPIEZAS SECOPE SA -doc. nº 5 y se aporta como doc. nº 29 el convenio-). Sexto.- La empresa LIMPIEZAS SECOPE SA le notifico a la trabajadora carta de despido de fecha 10 de octubre de 2014 con efectos de 8 de octubre de 2014 alegando causas objetivas de naturaleza económica, amortización de su puesto de trabajo. Consta unida a la demanda carta de despido, cuyo contenido se da íntegramente por reproducido. Séptimo.- En la carta de despido se hace referencia a la situación de iliquidez y se señala que no se puede poner a disposición de la actora la indemnización legalmente establecida de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año hasta un máximo de 12 mensualidades. Cuantifica la indemnización en la cantidad de 5.914,32 euros. Octavo.- La carta fue notificada a la actora el día LO de octubre de 2014. Noveno.- Consta en autos las nóminas recibidas por la trabajadora de las dos empresas demandadas (Doc. nº 6 a 23). Décimo.- La entidad LIMPIEZAS SECOPE SA no abono a la trabajadora las nóminas del mes de junio (946,41 €), julio (1.169,63 E), agosto (1.167,39 €), septiembre (1.138,27 €) y 8 días del mes de octubre de 2014 (298,02 €), lo que asciende a un total de 4.719,72 euros (constan las nóminas con el sello de la empresa aportadas con la demanda). Undécimo.- A día de hoy las empresas demandadas se encuentran cerradas y no tienen actividad (declaración testifical). Duodécimo- No constan acreditados datos contables de la empresa ni la liquidez de la misma a fecha del despido. Décimo Tercero.- La totalidad de plantilla que estaba trabajando para la empresa TRABAJOS, OBRAS Y SERVICIOS URBANOS SL, paso a formar parte de la plantilla LIMPIEZAS SECOPE SA. El centro de trabajo (lugar Recebo, Oleiros-Ribeira) era el mismo, la maquinaria utilizada era la misma, las funciones desempeñadas por los diferentes trabajadores eran las mismas y la misa persona, Juan , les daba las órdenes e instrucciones (declaración testifical) -doc. nº 24, 25 y 26 del ramo de prueba de la actora, Estatutos de las sociedades contenido se da por reproducido-. Décimo Cuarto.- La empresa LIMPIEZAS SECOPE SA y la empresa TRABAJOS, OBRAS Y SERVICIOS URBANOS SL, son sociedades unipersonales y tienen como único socio a Santos . Décimo Quinto.- La actora instó acto de conciliación ante el SMAC que se celebró el 7.11.2014, en virtud de papeleta de conciliación presentada el día 28.10.2014y que finalizo con el resultado de intentada sin efecto (consta el acta unida a la demanda). Décimo Sexto.- La trabajadora no ostenta la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa ni representante sindical.

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

FALLO: Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda sobre DESPIDO formulada a instancia de Dª Delia , asistida por el Letrado Sr. Naveira Couceiro, contra la entidad LIMPIEZAS SECOPE SA y la entidad TRABAJOS,



OBRAS Y SERVICIOS URBANOS SL, y contra FOGASA que no comparecen pese a estar debidamente citados, sobre despido objetivo individual y, en consecuencia y en consecuencia declaro la improcedencia del despido efectuado por la demandada LIMPIEZAS SECOPE SA extinguiendo la relación laboral a fecha de la sentencia, condenando a las demandas solidariamente al abono de la cantidad de 17.040,72 euros en concepto de indemnización (al no ser posible la readmisión por cierre de la empresa). Condeno a las empresas demandas solidariamente a que abone a la trabajadora los salarios de tramitación desde la fecha del despido a la fecha de la extinción de la relación laboral en el día de hoy a razón de 38,38 E/día, lo que da la cantidad de 4.605,6 euros. Condeno a las empresas demandadas solidariamente a que abone a la trabajadora la suma de 4.719,72 EUROS en concepto de salarios adeudados, más los intereses previstos en el artículo 29.3 del ET sobre dicha cantidad. Debo absolver y absuelvo al FOGASA sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria en los casos previstos en el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores .

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.- Recurre la actora la estimación de la demanda, aquietándose al relato de los hechos declarados probados y denunciando -vía artículo 193.c) LJS- la infracción por inaplicación del artículo 110.1.b) LJS, en relación con los artículos 110.1.a) LJS y 56.1 ET [salarios de tramitación].

SEGUNDO.- 1.- No acogemos la censura, habida cuenta del consolidado criterio mantenido por esta Sala sobre el particular (para todas, SSTSJG 18/12/14 R. 3732/14 , 05/12/14 R. 3608/14 y 22/10/14 R. 2982/14 , que vamos a seguir y que determina el devengo de salarios de tramitación desde el despido hasta la fecha en la que se extingue la relación laboral, cuando declarado improcedente aquél resulta imposible la readmisión. Decíamos, que «[s]egún el artículo 110.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , "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". Esta norma, introducida en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social de 2011, legaliza la práctica existente con anterioridad -aunque sin apoyo legal en la vieja LPL- y bastante extendida en los Juzgados de lo Social de acordar, en la sentencia declarativa de la improcedencia del despido, la extinción de la relación laboral cuando así lo solicitaran los trabajadores demandantes y constase la imposibilidad de la readmisión en la empresa, normalmente por estar desaparecida. A través de este uso forense se aliviaba la tramitación del proceso judicial, se facilitaba la gestión, por los trabajadores afectados, de prestaciones de desempleo y garantía salarial, y se aquilataba el coste de la empresa al suponer una paralización de los salarios de tramitación sin esperar a la resolución en la ejecución de sentencia. Tal uso forense no estuvo exento de ciertos problemas aplicativos. Y, a los efectos que aquí interesan, se cuestionó si la sentencia donde se declarase la improcedencia del despido más la extinción de la relación laboral debía calcular la indemnización tomando como tiempo de servicios el comprendido entre la fecha de inicio de la relación laboral y la fecha del despido, aplicando literalmente el artículo 56.1 del ET , o hasta la fecha de la propia sentencia, aplicando analógicamente los artículos 279 y 284 de la LPL . Sin cuestionar en ningún momento la legalidad del uso forense de que se trata, la STS de 6.10.2009, RCUJ 2832/2008 , atiende a la fecha de la propia sentencia, que se considera asimismo la fecha en la cual se deberá rematar el devengo de salarios. Con posterioridad a la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, se ha modificado -en 2012- el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores con la finalidad -entre otras- de derogar los salarios de tramitación en el caso de opción por la indemnización en los despidos declarados improcedentes, lo que plantea la cuestión de si esto altera en alguna medida la aplicación del artículo 110.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social ,... A juicio de la Sala, la solución es otra diferente. *En primer lugar* , la interpretación literal del artículo 110.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social no justifica paralizar los salarios de tramitación a la fecha del despido, pues la ficción de la que parte -que la opción se tiene por hecha a favor de la indemnización- tiene unos efectos propios que no son los mismos de la opción a favor de la indemnización según el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , ya que según este la indemnización se calcula considerando la fecha del despido, no la fecha de la sentencia de improcedencia, y si bien es cierto que el tan citado artículo 110.1.b) no contiene precisión semejante sobre los salarios de tramitación, no es menos cierto que, a la fecha de la LRJS , ello no implicaba especial problema porque los salarios de tramitación se devengaban también en el caso de opción por la indemnización. Por ello -de manera expresa o de manera implícita- la fecha de la sentencia de improcedencia se erige -tanto antes como después de la desaparición legislativa de los salarios de tramitación- en el momento temporal decisivo para la aplicación del artículo 110.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , y ello tanto a los efectos del cálculo de la indemnización -como expresamente se prevé en la norma- como a los efectos de la



paralización de los salarios de tramitación. Y ello se compadece con la STS de 6.10.2009, RCUJ 2832/2008 . *En segundo lugar* , a esa misma conclusión conduce la interpretación sistemática del artículo 110.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social pues el orden normativo de referencia en el cual se inserta ese artículo no es tanto el vinculado a los efectos sustantivos del despido disciplinario, esto es el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , como el vinculado a los efectos procesales del despido disciplinario, esto es los artículos 279 y 284 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social -que, dicho sea de paso, es el orden normativo que toma en consideración para resolver la cuestión que se le planteó a la STS de 6.10.2009, RCUJ 2832/2008 -. Tales artículos, que serían los que se aplicarían en el caso de no aplicarse el artículo 110.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , conducen inexorablemente a la condena de los salarios devengados hasta la fecha del dictado del auto extintivo de la relación laboral, así como al cálculo de la indemnización atendiendo a ese referente temporal. Bajo esta perspectiva, el artículo 110.1.b) establece una precisión a la aplicación de los artículos 279 y 284 que permite adelantar el referente temporal al momento del dictado de la sentencia de improcedencia, y ello -debemos entender- tanto a los efectos del cálculo de la indemnización como a los efectos del devengo de los salarios de tramitación, sin que se pueda ir más allá de lo que expresamente se establece o tácitamente se deriva del citado artículo 110.1.b). Y, *en tercer lugar* , la interpretación finalista del artículo 110.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social ratifica las anteriores conclusiones en la medida en que, si esa norma se introdujo legalizando un uso forense sustentando en argumentos de economía y de practicidad, esas finalidades quedarían totalmente desvirtuadas si se interpretase que, con su aplicación, se perderían los salarios de tramitación devengados entre la fecha del despido y la notificación de la sentencia de improcedencia, que, sin embargo, no se perderían si no se solicita su aplicación, pues, al estar desaparecida la empresa no podría optar por la indemnización, aplicándose entonces los artículos 279 y 284 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , que consolidarían dichos salarios. O sea, se penalizaría la aplicación del artículo 110.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social con la pérdida de los salarios de tramitación devengados entre la fecha del despido y la notificación de la sentencia de improcedencia, lo cual -se insistiría contra las finalidades y las utilidades prácticas de la norma».

Tres argumentos a los que podríamos añadir, *en cuarto lugar* , otro relativo a la naturaleza constitutiva de la resolución acordada. Se ha de partir de que la acción ejercitada -y asumida- (resolución) es indudablemente constitutiva (STC 209/2005, 18/Julio ; y STS 08/11/00 Ar. 2001/1419), aun cuando la demanda de resolución de contrato pueda denominarse compleja, dado que en ella se acumulan legalmente dos acciones de naturaleza diferente (una constitutiva -pretende la resolución del contrato- y otra de condena -persigue la indemnización-, SSTSJ Galicia 09/07/14 R. 1861/14 , 10/04/14 R. 179/14 , 12/07/11 R. 1806/11 , 30/05/08 R. 1288/08 y 31/05/07 R. 1909/07); pero la resolución se produce en la fecha de la Sentencia que genera la situación -constituye-, con efectos *ex nunc* , de tal forma que la trabajadora continúa siéndolo de la empleadora hasta que se dicta la Sentencia resolutoria. Por lo tanto, tal y como la antigüedad se calcula hasta la fecha de la resolución extintiva, también lo harán los salarios, puesto que no se convalida un despido, sino que se resuelve a dicha data la relación.

2.- La expresada doctrina (y su justificación) conducen a confirmar el criterio de la Instancia sobre el devengo de los salarios de tramitación hasta la fecha de la resolución extintiva y, en consecuencia,

FALLAMOS

Que con desestimación del recurso interpuesto por Doña Delia , confirmamos la sentencia que con fecha 04/02/15 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de Santiago de Compostela , a su instancia y por la que se acogió la demanda formulada.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ