



Roj: **STSJ GAL 8035/2015 - ECLI:ES:TSJGAL:2015:8035**

Id Cendoj: **15030340012015105412**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **23/10/2015**

Nº de Recurso: **3215/2015**

Nº de Resolución: **5749/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JOSE FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 8035/2015,**
STS 469/2018

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO -AN-

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15078 44 4 2014 0002740

402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0003215 /2015 AN

Procedimiento origen: DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000946 /2014

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña FOGASA

ABOGADO/A: ABOGACÍA DEL ESTADO FOGASA, A CORUÑA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: TRABAJOS OBRAS Y SERVICIOS URBANOS SL, LIMPIEZAS SECOPE, S.A. , Miguel Ángel , LIMPIEZAS SECOPE SA Y NEM ORD

ABOGADO/A: , , , ,

PROCURADOR: , , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , , MATILDE MALLO NIEVES ,

ILMO.SR.D.JOSE MANUEL MARIÑO COTELO

ILMO.SR.D.JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ

ILMO.SR.D.FERNANDO LOUSADA AROCHENA

En A CORUÑA, a veintitrés de Octubre 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

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0003215 /2015, formalizado por el/la Letrado/a del Estado en nombre y representación de FOGASA, contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000946 /2014, seguidos a instancia de Miguel Ángel frente a FOGASA, TRABAJOS OBRAS Y SERVICIOS URBANOS SL, LIMPIEZAS SECOPE, S.A., LIMPIEZAS SECOPE SA Y NEM ORD, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª FERNANDO LOUSADA AROCHENA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Miguel Ángel presentó demanda contra FOGASA, TRABAJOS OBRAS Y SERVICIOS URBANOS SL, LIMPIEZAS SECOPE, S.A., LIMPIEZAS SECOPE SA Y NEM ORD, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha ocho de Mayo de dos mil quince .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

"Primero.- El demandante D Miguel Ángel , prestó servicios en la empresa TRABAJOS, OBRAS Y SERVICIOS URBANOS SL, en virtud del siguiente contrato (doc. nº 3 del ramo de prueba de la actora): contrato de trabajo de duración determinada de fecha 9/11/2004, para obra o servicio determinado, a tiempo completo de lunes a sábado, con la categoría profesional de encargado, con una duración de 09.11.2004 a fin de obra, siendo la misma el control y clasificación de RSU procedente de puntos limpios. Segundo.- El demandante D Miguel Ángel , prestó servicios en la empresa Limpiezas Secope SL, en virtud del siguiente contrato (doc. nº 3 del ramo de prueba de la actora) contrato de trabajo por tiempo indefinido a tiempo completo de lunes a sábado de fecha 15.11.2006 con la categoría profesional de encargado. Tercero.- Según consta en la vida laboral el actor estuvo de alta en la TGSS en la empresa TRABAJOS, OBRAS Y SERVICIOS URBANOS SL desde 09.11.2004 a 08.11.2006 (doc. nº 2), Y en la empresa LIMPIEZAS SECOPE SA desde el 15.11.2006 a 02.11.2009 y desde 25.11.2009 a 16.10.2014 (doc. nº 2) Cuarto.- La categoría profesional del actor es encargado y percibía un salario de 1.459,60 € incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias (según consta en todos los contratos y en atención al convenio colectivo -doc. nº 3 y 7-) 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 3 y se aporta como doc. nº 7 el convenio-) Sexto.- La empresa LIMPIEZAS SECOPE SA le notificó al trabajador carta de despido de fecha 17 de octubre de 2014 con efectos de 16 de octubre de 2014 alegando causas objetivas de naturaleza económica, amortización de su puesto de trabajo. Consta unida la carta de despido, como doc. nº 1 y su 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 del actor 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 7.574,76 euros. Octavo.- La carta fue notificada al actor el día 17 de octubre de 2014. Noveno.- A día de hoy las empresas demandadas se encuentran cerradas y no tienen actividad (declaración testifical). Décimo.- No constan acreditados datos contables de la empresa ni la liquidez de la misma a fecha del despido. Undécimo.- 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 Recobo, Oleiros-Ribeira) era el mismo, la maquinaria utilizada era la misma, las funciones desempeñadas por los diferentes trabajadores eran las mismas y la misma persona, Leon , les daba las órdenes instrucciones (declaración testifical). Los trabajadores de Limpiezas Secote SA y NEM ORD prestaban sus servicios en el centro de trabajo de los actores. Duodécimo- La empresa LIMPIEZAS SECOPE SA y la empresa TRABAJOS, OBRAS Y SERVICIOS URBANOS SL, son sociedades unipersonales y tienen como único socio a Leon . Décimo Tercero.- El trabajador no ostenta la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa ni representante sindical. Décimo Cuarto.- El actor instó acto de conciliación ante el SMAC que se celebró el 18.11.2014, en virtud de papeleta



de conciliación presentada el día 04.11.2014 y que finalizó con el resultado de intentada sin efecto (consta el acta unida a la demanda)."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda sobre DESPIDO formulada a instancia de D^a Miguel Ángel , asistida por la Graduado Social Sra. Mallo Nieves, contra la entidad LIMPIEZAS SECOPE SA, la entidad TRABAJOS, OBRAS Y SERVICIOS URBANOS SL, y la entidad LIMPIEZAS SECOPE SA Y NEM ORD y contra FOGASA que no comparecen pese a estar debidamente citados 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 demandadas LIMPIEZAS SECOPE SL y TRABAJOS, OBRAS Y SERVICIOS URBANOS SL, solidariamente al abono al actor de la cantidad de 20.907,25 euros en concepto de indemnización (al no ser posible la readmisión por cierre de la empresa). Condeno a las empresas demandas LIMPIEZAS SECOPE SL y TRABAJOS, OBRAS Y SERVICIOS URBANOS SL, solidariamente a que abone al trabajador la cantidad de 730 euros en concepto de falta de preaviso. Condeno a las empresas demandadas LIMPIEZAS SECOPE SL y TRABAJOS, OBRAS Y SERVICIOS URBANOS SL, solidariamente a que abone al trabajador el pago de los salarios de tramitación desde la fecha del despido (16.10.2014) a la fecha de la extinción de la relación laboral que se produce en el día de hoy por medio de esta sentencia a razón de 47,99 €/ día, lo que asciende a la suma de 9.835,9 euros. Debo absolver y absuelvo a la entidad LIMPIEZAS SECOPE SA Y NEM ORD de todos los pedimentos efectuados en su contra. 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: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por FOGASA formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 6 de julio de 2015.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 21 de octubre de 2015 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. El Letrado Habilitado de la Abogacía del Estado, en representación del Fondo de Garantía Salarial, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, y, en concreto, se denuncia la infracción, por aplicación indebida, de los artículos 33 y 56.1 del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 26.3 y 110.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , así como de la jurisprudencia y, en particular, la STS de 15 de marzo de 2005 , pretendiendo la revocación parcial de la sentencia de instancia en el extremo relativo a la condena de salarios de tramitación, y argumentando, en aras a esa pretensión y al amparo de la expuesta denuncia jurídica, que, dicho en apretada esencia, no procede la condena de salarios de tramitación porque legalmente no está prevista cuando se opta por la indemnización, que es lo que ha ocurrido en el caso de autos al haber solicitado el trabajador demandante, de conformidad con el artículo 110.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , tener por hecha la opción a favor de indemnización al constar irrealizable la readmisión.

Opuesto a la expuesta denuncia jurídica, el trabajador demandante, ahora recurrido, solicita, en su impugnación del recurso de suplicación, su desestimación total y la confirmación íntegra de la sentencia de instancia.

Según 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, RCUUD 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 , y esta cuestión es decisiva a la hora de examinar la denuncia jurídica porque en el recurso de suplicación se parte de la premisa de que, tras la derogación de los salarios de tramitación en el caso de opción por la indemnización en los despidos declarados improcedentes, el tener por hecha la opción a favor de la indemnización en aplicación de esa norma impide la condena a dichos salarios.

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, RCUUD 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 para resolver la cuestión que se le planteó toma en consideración la STS de 6.10.2009, RCUUD 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 insiste- iría contra las finalidades y las utilidades prácticas de la norma.

Por todo lo anteriormente expuesto, el recurso de suplicación será totalmente desestimado y la sentencia de instancia íntegramente confirmada, tanto por su fallo como por sus propios y atinados fundamentos, que se asumen, con la consiguiente condena de la parte recurrente a las costas de la suplicación -de acuerdo con el artículo 235 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social -.



VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado Habilitado de la Abogacía del Estado, en representación del Fondo de Garantía Salarial, contra la Sentencia de 8 de mayo de 2015 del Juzgado de lo Social número 3 de Santiago de Compostela, dictada en juicio seguido a instancia de Don Miguel Ángel contra las Entidades Mercantiles Limpiezas Secope Sociedad Anónima, Trabajos, Obras y Servicios Urbanos Sociedad Limitada y Limpiezas Secope Sociedad Anónima y Nem Ord, con intervención de la recurrente, la Sala la confirma íntegramente, y, en legal consecuencia, condenamos a la recurrente a las costas de la suplicación, cuantificando en 601 euros los honorarios de la graduada social impugnante.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

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 37 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 37 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

PUBLICACION.- 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.