



Roj: **STS 4356/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4356**

Id Cendoj: **28079140012022100843**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/11/2022**

Nº de Recurso: **3498/2021**

Nº de Resolución: **938/2022**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm . 25, 21-01-2021,**
STSJ M 7256/2021,
AATSJ M 314/2021,
STS 4356/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 938/2022

Fecha de sentencia: 28/11/2022

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 3498/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/11/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes

Procedencia: T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

Transcrito por: TDE

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3498/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 938/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a Rosa María Virolés Piñol

D. Sebastián Moralo Gallego

D.^a María Luz García Paredes



D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 28 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Miguel Campomanes Rodríguez, en nombre y representación de D. Eulalio , contra la sentencia dictada el 28 de junio de 2021, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 234/2021, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid, de fecha 21 de enero de 2021, recaída en autos núm. 1277/2019, seguidos a instancia de D. Eulalio contra Villalba Ribs S.L., sobre despido.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de enero de 2021, el Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- D. Eulalio ha venido prestando servicios laborales para la empresa demandada dedicada a la actividad de hostelería, con antigüedad desde el día 16 de diciembre de 2018, categoría profesional de Ayudante de Cocina, en el centro de trabajo sito en C/ Avellano, Local 2, de Alpedrete, centro comercial Planetoccio y un salario mensual bruto de 1.328,57 euros, incluidas las partes proporcionales de las pagas extraordinarias, en virtud de un contrato de trabajo de duración indefinida a tiempo completo.

SEGUNDO.- La parte demandante no es ni ha sido representante unitario o sindical de los trabajadores.

TERCERO.- El día 4 de octubre de 2019 la empresa comunicó por escrito a la parte actora la extinción de su contrato de trabajo, como consecuencia de un despido colectivo por causas objetivas, de carácter económico, debido a la situación económica en que se encuentra la empresa, la cual debe cerrar el restaurante, centro de trabajo del demandante por no poder hacer frente al alquiler del mismo y la deuda acumulada, además de arrastrar pérdidas en sus cuentas desde el año 2016.

CUARTO.- En la propia carta de despido se reconoció el derecho de la persona trabajadora a una indemnización por importe de 710,22 euros, cuyo pago se había excusado por parte de la empresa por falta de liquidez.

QUINTO.- La empresa ha tenido pérdidas desde el año 2016 a 2019, siendo los resultados de los distintos ejercicios los siguientes: - Año 2016, la cantidad de - 65.138,63 € - Año 2017, la cantidad de - 53.457,89 € - Año 2018, la cantidad de - 7.966,08 € - Año 2019, a 31/07, la cantidad de -93.214,75 €

SEXTO.- La parte demandante promovió la conciliación previa al proceso, que se celebró el día 28 de noviembre de 2019 con el resultado de "sin efecto", presentando posteriormente demanda de despido".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "DESESTIMO la demanda por DESPIDO interpuesta por D. Eulalio frente a la empresa VILLALBA RIBS, S.L., absolviendo a la misma de todos los pedimentos de la demanda".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de D. Eulalio , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 28 de junio de 2021, en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS en parte el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de Don Eulalio contra la Sentencia de fecha 21 de enero de 2021, dictada por el Juzgado de lo Social número 25 de los de Madrid; y revocando el fallo de la misma declaramos la improcedencia del despido operado por la entidad demandada con efectos de 4 de octubre de 2019, condenando a tal mercantil a optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente sentencia, entre la readmisión del trabajador con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde el día de su cese hasta el de su efectiva reincorporación a razón de 43,68 euros diarios; o el abono de una indemnización de 1201,17 euros. 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. Sin costas".

TERCERO.- Por la representación de D. Eulalio , se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de abril de 2021 (rec. 240/2021).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 7 de julio de 2022, se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días, lo que no ha efectuado.



QUINTO.- El Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser estimado por ser correcta la doctrina de la sentencia de contraste, siguiendo la doctrina de esta Sala, recogida en las SSTs de 12 de febrero de 2020, rcud 2988/2017, 17 de febrero de 2021, rcud 1727/2018, y 1 de junio de 2022, rcud 2067/2021.

SEXTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 23 de noviembre de 2022, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si, constatada la imposibilidad de readmisión y éste es calificado de improcedente, procede otorgar el derecho de opción al empresario o acordar la extinción del contrato de trabajo con abono de la indemnización legal y los salarios de tramitación desde el despido a la extinción, tal y como se interesó por la parte actora durante el procedimiento.

La parte actora ha formulado dicho recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid, de 28 de junio de 2021, rec. 234/2021, aclarada por auto de 8 de julio de 2021, que estima parcialmente el interpuesto por la parte actora y, revocando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid, de 21 de enero de 2021, en los autos 1277/2019, estima parcialmente la demanda, declarando la improcedencia del despido, condenando a la parte demandada a optar entre la readmisión del trabajador con abono de los salarios de tramitación o la indemnización de 1201,17 euros.

Según recoge la sentencia recurrida, la demandada procedió a la extinción del contrato de trabajo del demandante por causas objetivas, de naturaleza económica, que obligaban al cierre del centro de trabajo. Frente a dicha decisión se formuló demanda por el trabajador que fue desestimada por el Juzgado de lo Social, frente a cuya sentencia se interpuso recurso de suplicación por el demandante en el que, entre otras cuestiones, denunciaba la infracción del art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en relación con el art. 286 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

La Sala de suplicación estimó parcialmente el recurso, declarando la improcedencia de la extinción por causas objetivas, ante la falta de puesta a disposición del trabajador de la indemnización, declarando el derecho de opción del empresario que conlleva aquella calificación del despido.

En el recurso de unificación de doctrina se formula el punto de contradicción expuesto anteriormente para el que se identifica como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala, el 23 de abril de 2021, rec. 240/2021.

En ella se resuelve el recurso de suplicación que otro compañero del aquí demandante había interpuesto frente a la sentencia de instancia que había desestimado la demanda impugnando la extinción por causas objetivas que, por las mismas circunstancias, había operado la demandada.

El recurso de suplicación había sido formulado en similares términos al que resolvió la sentencia aquí recurrida, y la respuesta de la Sala del TSJ fue, igualmente la de calificar la extinción como improcedente, si bien, ante la constancia del cierre del centro de trabajo, acordó, tal y como se indicaba en el escrito de recurso, que la imposibilidad de readmisión llevaba a declarar la extinción de la relación laboral, con fecha de efectos de la sentencia de instancia y abono de los salarios de tramitación desde el despido hasta la extinción.

Entre las sentencias existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios ya que en ambos casos se interesó por la parte actora que, ante la improcedencia del despido, siendo evidente la imposibilidad de readmisión, se declarase la extinción del contrato con derecho de abono de los salarios de tramitación hasta ese momento. Y tal petición fue atendida por la sentencia de contraste sin que la recurrida la estimara. Debemos hacer constar, igualmente, que en ninguno de los dos casos la demandada impugnó el recurso de suplicación.

SEGUNDO. - La parte recurrente ha formulado un motivo de infracción normativa en el que identifica como preceptos legales objeto del mismo el art. 110.1 b) de la LRJS en relación con el art. 56.3 del ET y arts. 278 a 286 de la citada LRJS.

Según la parte recurrente, el no cuestionado cierre del centro de trabajo permite que la sentencia que declare el despido improcedente acuerde la extinción de la relación laboral con los efectos legales que marcan aquellos preceptos legales denunciados, citando la STS de 6 de octubre de 2009, rcud 2832/2009.

El art. 110 de la LRJS, que regula los efectos del despido improcedente, dispone lo siguiente: "1. 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:

...

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".

Como indica el Ministerio Fiscal, la cuestión suscitada en el recurso y, especialmente, la interpretación del art. 110.1 b) de la LRJS, ha sido ya resuelta por esta Sala, entre otras, en las sentencias que cita.

Así y en ese particular apartado de aquel precepto procesal, en el que se otorga al trabajador una facultad para interesar que la sentencia que declare el despido improcedente acuerde tener por extinguida la relación laboral cuando no sea realizable la readmisión, hemos venido señalando que tal disposición otorga una facultad a favor del trabajador que conllevaba el reconocimiento de salarios de tramitación, sin que la reforma operada por el RD-ley 3/2012, de 10 de febrero, y Ley 3/2012, que había eliminado los salarios de tramitación cuando la opción del despido improcedente se hiciera por la indemnización, hubiera alterado el régimen que existía hasta entonces.

Como refiere la STS 1 de junio de 2022, rcud 2067/2021, con cita de la de 9 de febrero de 2021, rcud 406/2019, la imposibilidad de readmisión que se constate desde el propio momento del despido o durante el proceso permite, en caso de que se considere que el despido es improcedente, que la opción que se otorga al empleador quede reducida a la indemnización, conllevando esta condena el pago de los salarios de tramitación que hasta esa declaración de extinción se hayan generado. Y ello debe producirse cuando el trabajador así lo interesa, ejercitando la facultad que le otorga el art. 110.1 b) que, como indica la STS de 26 de octubre de 2021, rcud 1048/2021, con doctrina que arranca de las sentencias de 4 de abril de 2020, ello no implica que se esté trasladando al trabajador un derecho de opción que no le corresponde. El derecho a anticipar la opción del despido improcedente siempre se ha reconocido a favor del empleador, salvo las excepciones que puedan haberse establecido, legal o convencionalmente. El trabajador ostenta la facultad de solicitar al órgano judicial, ante un supuesto muy concreto -readmisión no realizable-, que tenga por realizada la opción de indemnización, pudiendo acordarla o no según concurran las circunstancias que lo justifiquen. Es claro que el legislador ha querido fijar una serie de particularidades en relación con los efectos del despido improcedente y una de ellas ha sido la de poder zanjar en sentencia los supuestos de imposible readmisión, mediante el otorgamiento al trabajador de esa facultad sin someterla o hacerla depender de que el empresario no anticipe un derecho de opción que, por cierto, se desvanece desde el momento en el que solo es realizable la indemnización que es lo que, en definitiva, ha querido solventar el legislador mediante esta fórmula y ante una situación tan concreta como la del caso que nos ocupa, de cierre empresarial.

A la vista de esa doctrina, es evidente que es la sentencia de contraste la que ha resuelto conforme a ella y, por ende, procede estimar el recurso.

TERCERO. - Lo anteriormente razonado, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, permite concluir en el sentido de entender que la sentencia recurrida debe ser parcialmente casada, lo que nos lleva a resolver el debate planteado en suplicación conforme a la doctrina unificada y, habiendo interesado la parte actora que, ante la imposible readmisión, sea declarada la extinción de la relación laboral, procede acceder a la misma, al ser evidente el cierre del restaurante en el que prestaba servicios la parte actora, por lo que, conforme pedía en dicho recurso sin oposición de la parte contraria, procede reconocer el abono de la indemnización de 3.123.05 euros, calculada hasta el momento de la extinción del contrato, y los salarios de tramitación desde el despido hasta la fecha que se indica en el suplico del recurso, de 21 de enero de 2021 -fecha de la sentencia de instancia-, sin perjuicio de los descuentos que correspondan.

Todo ello sin imposición de costas, a tenor del art. 235 de la LRJS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Miguel Campomanes Rodríguez, en nombre y representación de D. Eulalio , contra la sentencia dictada el 28 de junio



de 2021, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 234/2021.

2.- Casar parcialmente la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación en el extremo traído a la unificación de doctrina, manteniendo la revocación de la sentencia de instancia y la declaración de improcedencia del despido, declarar la extinción del contrato de trabajo con fecha 21 de enero de 2021, condenando a la parte demandada al pago de 3.123,05 euros, en concepto de indemnización por despido improcedente, y al pago de los salarios de tramitación desde el despido -4 de octubre de 2019- a la fecha de la extinción -21 de enero de 2021, a razón de 43,67 euros diarios, sin perjuicio de los descuentos legales que sobre ellos procedan. Sin costas en suplicación.

3.- Sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ