

En Pamplona/Iruña, a 22 de marzo de 2012.

HECHOS

PRIMERO.- Por sentencia de este Juzgado de fecha 22-12-11 recaída en el 0000901/2011 - 00, se declaró la improcedencia del despido de Jacinto efectuado por la empresa Jorge Dos Santos Pereira, con efectos de fecha 18-7-11, condenando a la empresa demandada a fin de que en el plazo de cinco días optara entre readmitirle en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido o abonarle la correspondiente indemnización.

SEGUNDO.- En fecha 6-2-11, el demandante solicitó la ejecución de lo acordado alegando su no readmisión y pidiendo la extinción de la relación laboral, con el abono de la indemnización legal correspondiente y los salarios devengados desde el despido hasta la extinción de aquella, conforme a las circunstancias de la relación laboral reflejadas en el título de ejecución.

TERCERO.- Citadas las partes a la comparecencia prevenida en el art. 280 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se ha celebrado con el resultado que consta en el acta levantada al efecto.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El art. 281.2 L.R.J.S., en relación con sus art. 278 y 279, establece los efectos que traerá el hecho que se demuestre que el empresario no ha cumplido en debida forma (por no readmitir al trabajador en la empresa o hacerlo de manera irregular) la obligación de readmitir, fruto de la opción que ha hecho en tal sentido, de conformidad con lo resuelto en la sentencia que declaró improcedente su despido.

Estos efectos no son otros que los de que el Juez declare extinguido el contrato de trabajo a la fecha de la resolución que a tal fin se dicte, acordando que el ejecutado abone al perjudicado la indemnización que la sentencia había ya fijado, incrementada con la resultante de tener en cuenta el tiempo transcurrido hasta el día de hoy, ampliando, además, hasta esta fecha la condena al pago de salarios de tramitación contenida en la sentencia.

SEGUNDO.- En el presente caso, hemos de hacer aplicación de ese mandato por cuanto que el empresario no ha dado cumplimiento a esa obligación, según resulta del hecho de que, aún habiendo optado por la readmisión de la parte demandante, no se acredita su readmisión por la empresa.

TERCERO.- La entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012, de medidas urgentes para reforma del mercado laboral, lo que se ha producido el 12-2-2012, exige que nos planteemos cual sea el importe indemnizatorio a que tenga derecho la parte ejecutante por la falta de readmisión y al dictarse el auto extintivo correspondiente. En concreto, debemos cuestionarnos si los días a indemnizar son en todo caso los 45 días por año trabajado, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores, que establecía la legislación con anterioridad a la entrada en vigor de dicha normativa de excepción, si por el contrario, tras entrar en vigor dicho Real Decreto Ley, si resulta de aplicación la nueva cuantía indemnizatoria de 33 días por año trabajado. También debe cuestionarse si, de ser aplicación esta limitación indemnizatoria que establece el Real Decreto Ley 3/2012, debe aplicarse la doble escala indemnizatoria prevista en su Disposición Transitoria 5ª.

Para resolver la cuestión que se plantea debe tenerse en cuenta que el Real Decreto-Ley 3/2012 no establece ninguna norma transitoria, por lo que la determinación de la legislación aplicable deberá hacerse atendiendo a las normas generales sobre retroactividad o irretroactividad de las normas jurídicas y a la propia naturaleza de la acción ejercitada y de la sentencia que estima una acción resolutoria.

El Real Decreto-Ley 3/2012, tal y como consta en su Disposición Final Decimosexta, entró en vigor al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y tal publicación se produjo el 11 de febrero de 2012, lo que implica que entró en vigor al día siguiente, es decir, el 12 de febrero de 2012.

Tal entrada en vigor era perfectamente posible de conformidad con lo previstos en el art.2.1 del Código Civil, precepto que establece que las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el B.O.N., si en ellas no se dispone otra cosa. A su vez, rige en el ordenamiento jurídico español la regla general de irretroactividad de las normas jurídicas, salvo previsión contraria. No es otro el significado del párrafo tercero del artículo 2 del Código Civil al disponer que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario. Debe recordarse también que esta previsión es de aplicación a todos los sectores del ordenamiento jurídico y que rige la regla de aplicación supletoria de las disposiciones del Código Civil -incluyendo las previsiones de su Título preliminar que regula las "normas jurídicas, su aplicación y eficacia"- en las materias regidas por otras leyes (art. 4.3 Ccivil).

La nueva normativa laboral que introduce el Real Decreto-Ley 3/2012, resulta de aplicación al auto extintivo que debe dictarse en la presente ejecutoria ya que el mismo tiene carácter constitutivo, y le es de aplicación exactamente la misma doctrina que la aplicable a las acciones resolutorias que se ejercitan por los trabajadores al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, rigiendo un principio de retroactividad débil o de primer grado y también la

consideración de la sentencia que resuelve tal acción resolutoria como constitutiva a efectos de entender que se aplica la normativa del Real Decreto-Ley 3/2012.

En éste sentido, con referencia a la acción resolutoria, ya se ha pronunciado éste Juzgado en la sentencia dictada el 1-3-2012, en el procedimiento 1274/2011, con argumentos referidos a la acción resolutoria, pero plenamente aplicables al auto extintivo por falta de readmisión, y por ello procede reproducir aquí los razonamientos de dicha sentencia.

Efectivamente, se indicaba en dicha sentencia que:

“la nueva normativa laboral que introduce el Real Decreto-Ley 3/2012 resulta de aplicación a la acción resolutoria que se ejercita por la parte demandante al amparo del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, de conformidad con el principio de retroactividad débil o de primer grado y por la propia naturaleza de la acción ejercitada y de la sentencia que estima la misma, que tiene carácter constitutivo. Es cierto que el Real Decreto-Ley 3/2012 no contiene previsión alguna respecto de su eficacia retroactiva y carece de cualquier previsión en orden a su aplicación a las extinciones de los contratos de trabajo. Pero, no obstante tal circunstancia, rige aquí el principio de modernidad que cabe deducir del art. 2.2 del Código Civil, según el cual la norma posterior deroga a la anterior, incluso respecto de los efectos futuros de los contratos y condiciones de trabajo existentes al tiempo de su entrada en vigor, efecto este que la doctrina ha denominado de “retroactividad débil o de primer grado” de las normas sociales, aplicables a las relaciones de tracto sucesivo, y que la jurisprudencia ha venido reconociendo (STSS del Tribunal Supremo de 5 de julio y 7 de octubre de 1986, y 8 de mayo de 1987, 5 de junio y 23 de diciembre de 1996). En estas sentencias se viene a mantener la doctrina de la retroactividad mínima o efecto inmediato de las normas laborales consistente en la aplicación de las nuevas normas a los efectos futuros de las relaciones laborales en curso de ejecución, sin necesidad de mandato expreso en tal sentido, o lo que es lo mismo, la aplicación de las nuevas normas a los efectos de la situación anterior nacidas bajo su vigencia.

En el sentido señalado indica la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1997 que en una relación de tracto sucesivo no hay retroactividad cuando la nueva norma se aplica al desarrollo futuro de la relación, sin afectar a los efectos ya consumados en la situación anterior. Así lo viene a reconocer la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en las sentencias de 20 de julio de 1981 y 4 de febrero de 1983, en las que se precisa también el significado de la expresión constitucional alusiva a las normas restrictivas de los derechos individuales, y así lo ha reconocido también el propio Tribunal Supremo en las sentencias de 7 de octubre de 1986 y 5 de julio de 1986.

También la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1996, declara que con esta retroactividad débil se garantiza la uniformidad de la aplicación del nuevo régimen jurídico sin los inconvenientes que en orden a la seguridad jurídica se derivarían de una retroactividad plena, y tal efecto se ajusta además al principio general que rige en el derecho intertemporal para las relaciones de trabajo, en virtud del cual la nueva norma se aplica a los efectos futuros de las relaciones creadas bajo el amparo de la legislación precedente, pero no, salvo disposición en contrario, a los efectos surgidos con anterioridad. El mismo criterio fundado en el principio “tempus regit factum” es el que inspira la Disposición Transitoria Séptima del Estatuto de los Trabajadores y está también en la base de la regla transitoria primera del Código Civil, que ha sido interpretada tradicionalmente en el sentido de que la disposición posterior se aplica a los efectos futuros de las relaciones de servicios creadas bajo el amparo de la legislación precedente.

En el caso que se enjuicia, y a diferencia de lo que ocurre con el acto extintivo producido por un despido, la extinción del contrato de trabajo no se produce desde que se presenta la demanda o se ejercita la acción en cuanto manifestación de voluntad de extinguir el vínculo contractual, sino únicamente cuando se dicta la correspondiente sentencia, que tiene naturaleza constitutiva y no meramente declarativa de un acto extintivo previo. Reiterada y uniforme jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo expresa que la Sentencia que se dicta en el procedimiento en que se ha ejercitado la acción de resolución del contrato al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores tiene un carácter constitutivo al ser el pronunciamiento judicial firme que estime que la empresa ha incurrido en alguna de las causas que han dado lugar a la resolución contractual la que produce el efecto extintivo. Se relaciona con la anterior doctrina la afirmación de la propia jurisprudencia de no ser posible el ejercicio de la facultad resolutoria del nexo laboral por la mera voluntad del trabajador, en el sentido de que, salvo en casos en que la continuidad laboral atente a la dignidad, a la integridad personal, o en general, a aquéllos derechos fundamentales que corresponden al hombre por el sólo hecho de su nacimiento, no cabe que el trabajador resuelva extrajudicialmente el contrato de trabajo, sino que lo procedente es que el trabajador solicite la rescisión del contrato laboral, sin abandonar la actividad laboral que desempeña en la empresa, dado que la extinción del contrato se origina por la sentencia constitutiva de carácter firme, que estime que la empresa ha incurrido en alguna de las causas que dan lugar a la resolución, pero no antes de hacerse este pronunciamiento (Sentencias de Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1986, de 18 de julio de 1990, de 23 de abril de 1996, de 8 de noviembre de 2000).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1996 ya se refiere a la distinción entre la naturaleza meramente declarativa de la sentencia que estima

una acción de despido y la naturaleza constitutiva de la sentencia que estima la acción resolutoria a instancia del trabajador por concurrir incumplimientos de la empresa, lo que provoca que en estos casos la relación laboral continúe subsistente mientras no ha adquirido firmeza la sentencia, y por ello el trabajador tiene derecho, pero también la obligación, de continuar ocupando su puesto de trabajo, en tanto no se resuelva el recurso que en su caso se hubiera interpuesto contra la sentencia de instancia, concluyendo que es preciso atribuir a la sentencia que recae en este tipo de procesos encaminados a la resolución del contrato a instancia del trabajador el carácter constitutivo. En definitiva, si la extinción del contrato no se produce hasta que por sentencia firme se estime que la empresa ha incurrido en algunas causas de incumplimiento contractual, debe reconocerse que tiene un carácter constitutivo y su subordinación precisamente al momento de la firmeza, lo que enlaza también con la exigencia jurisprudencial reiterada de que el vínculo laboral se encuentre vigente hasta el momento en que se dicte la sentencia estimando la acción resolutoria, puesto que no puede extinguirse con el ejercicio de la acción resolutoria un contrato de trabajo que pudiera previamente haberse extinguido por cualquier otra causa legal.

Por todo ello, debe concluirse que a la acción resolutoria que se ejercitó con demanda presentada el 23 de diciembre de 2011, dado que la presente sentencia se dicta con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012, le es plenamente de aplicación la normativa modificada por esta legislación de excepción y, en concreto el régimen jurídico determinante de la cuantía indemnizatoria a que tienen derecho los demandantes por resolución contractual.

Es evidente que la misma naturaleza constitutiva tiene el Auto que resuelve el incidente por falta de readmisión irregular a que se refiere el artículo 281 de la LRJS, hasta el punto que es en el propio Auto en el que se debe declarar en su caso extinguida la relación laboral en la fecha de la propia resolución, y se acordará que se abone al trabajador la indemnización a que se refiere el apartado 1º del art. 110 de la misma norma.

A su vez el art. 110 de la LRJS se remite, a efectos de determinar las consecuencias de despido improcedente y de fijar la indemnización, a la cuantía establecida en el art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, que con anterioridad al Real Decreto Ley 3-2012, establecía una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por mes los tiempos inferiores a un año, y hasta un máximo de 42 mensualidades. El Real Decreto Ley 3/2012, ha modificado el apartado 1 del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores, que establece actualmente que cuándo el despido sea declarado improcedente, el empresario en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio,

prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades. A su vez, la Disposición Transitoria V del Real Decreto-Ley 3/2012, bajo la rúbrica “indemnizaciones por despido improcedente” establece el siguiente régimen de derecho transitorio:

1. La indemnización por despido prevista en el apartado uno del art.56 del texto refundido de la ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, en la redacción dada por el presente Real Decreto-Ley, será de aplicación a los contratos suscritos a partir de la entrada en vigor del mismo.

2. La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior.

El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

El doble tramo indemnizatorio a que refiere la Disposición Transitoria V, apartado II, del Real Decreto Ley 3/2012, no implica modificación alguna en aplicación de la tradicional regla de prorrateo por meses los periodos de prestaciones de servicios por tiempo inferiores al año. Pero, debemos resolver qué fórmula de cálculo es la aplicable y a que tramo de los dos que integran el periodo de prestación de servicios se aplica el prorrateo por meses de los días sobrantes, es decir, de los días que no llegan a completar un mes entero. O dicho de otra manera, debe determinarse si la regla de prorratear por meses los periodos de tiempo inferiores al año, para los restos computables, es de aplicación a los dos tramos que resultan de la norma comentada (el anterior al 12-2- 2012 y el transcurrido con posterioridad a dicha fecha), o si sólo es aplicable a uno de los tramos.

Al respecto, son varias las opciones interpretativas posibles, y pueden aplicarse estas fórmulas de cálculo:

1ª Fórmula: entender que se aplica el prorrateo por meses de los restos a las dos partes del periodo computable, el anterior y el posterior a la entrada en vigor. Esta fórmula, sin embargo, presenta como objeción que se computa en realidad dos veces un mes, lo que no es exactamente la previsión del legislador.

2ª Fórmula: entender que se aplica el prorrateo por meses de los restos a una sola parte del periodo computable, que en concreto sería el posterior a la entrada en vigor, y aplicar una regla aritmética pura para el periodo previo a la entrada en vigor.

De estas posibles fórmulas debe considerarse que la más adecuada a fin de evitar supuestos de doble cómputo de meses, es la de realizar el cálculo prorrateando por meses los periodos inferiores al año únicamente en uno de los dos tramos computables y, en concreto, en el tramo final que se corresponde con la fecha extintiva del contrato.

Por lo tanto, en el caso que se enjuicia, respecto del ejecutante, es computable el tiempo de prestación de servicios desde el 1-3-2001 al 11-2-2012, que determina un periodo de 10 años, 10 meses y 11 días, lo que es igual un total de 487,5 días a indemnizar (al aplicarse a éste primer tramo el cálculo de 45 días por año trabajado y prorrateo de meses de los periodos inferiores al año, y la regla aritmética a los días que integran los “restos” del tramo). Y para el segundo tramo computable (el que se extiende del 12-2-2012 a la fecha de éste Auto extintivo de 22-3-2012), se aplica la regla de abono de una indemnización de 33 días por año trabajado, y aquí sí que procede el prorrateo por meses de todos los periodos inferiores al año, incluidos los “restos” de días que no alcanzan el mes: en el caso que se enjuicia y a efectos del auto extintivo, éste segundo tramo es de un mes y diez días, luego se transforman en computables dos meses, a los que se aplica la parte proporcional que resulta de aplicar los 33 días por año trabajado y prorrateo por meses de los periodos inferiores, es decir, 2,75 días a indemnizar por mes ($33 \text{ días} : 12 \text{ meses} = 2,75$), y siendo dos los meses los computables se obtiene la cifra de 5,5 días a indemnizar por el segundo tramo. En total el actor tiene derecho a una indemnización de 493 días (s.e.u.o.); 487,5 días por el primer tramo computable y 5,5 días por el segundo tramo computable).

Siendo el salario regulador diario de 56,09 €, se obtiene la cifra indemnizatoria por la extinción del contrato que se declara en éste Auto en trámite de ejecución por el importe de 27.652,37 €, (s.e.u.o.); $493 \text{ días} \times 56,09 \text{ €/día}$.

Por lo demás, en el presente caso no procede la condena de salarios de tramitación por haber indicado la parte demandante que durante todo el periodo de devengo se encuentra en situación de incapacidad temporal, y por lo tanto la situación es incompatible con la percepción o devengo de esos salarios de tramitación.

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

PARTE DISPOSITIVA

PRIMERO.- Declarar extinguida la relación laboral a la fecha de la presente resolución entre Jacinto y Jorge Dos Santos Pereira, condenando a esta empresa a que abone al trabajador las siguientes cantidades: Indemnización (s.e.u.o.): 27.652,37 euros, (computando 45 días por año, prorrateando por meses los periodos inferiores al año, y con regla aritmética para los restos de 11 días de febrero de 2012 por lo que se refiere al primer tramo computable - que se extiende del 1 de marzo de 2001 al 11 de febrero de 2012-, lo que hace un total de 487,5 días x 56 € día; y computando 33 días por año, prorrateando por meses los periodos inferiores al año, por lo que se refiere al segundo tramo -que se extiende del 12 de febrero de 2012 al 22 de marzo de 2012 inclusive-, que equivale a 1 mes y 10 días, es decir, se computan 2 meses, y a razón de 2,75 días por mes se obtienen 5,5 días a indemnizar en este segundo tramo (33 días: 12 meses: 2,75 Días). El total de días a indemnizar es de 493 días (s.e.u.o.), y a razón de 56,09 euros día, se obtiene el total indemnizatorio de 27.652,37 euros (493 días x 56,09 euros día).

SEGUNDO.- Para el caso de impago de las anteriores cantidades y habiéndose acordado ya en la presente ejecución la orden general y despacho de la misma, para la continuación de los trámites previstos en el art. 551.3 de la L.E.C, estése al Decreto que dictará el/la Secretario Judicial y, para ello, consúltense las aplicaciones informáticas de las bases de datos de los distinto Registros y Organismos a los que se tiene acceso, siguiéndose la ejecución por un total de 27.652,37 euros de principal más 1659,14 euros de intereses y 2765,23 euros de costas, presupuestados provisionalmente según lo previsto en el art. 251.1 de la L.R.J.S.

Notifíquese a las partes la presente resolución haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de reposición a presentar en este Juzgado dentro de los tres días hábiles siguientes al de recibirla, cuya sola interposición no suspenderá la ejecutividad de lo que se acuerda (art. 186.3 y 187 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

Así se acuerda, manda y firma por el Ilmo. Sr. D. Carlos González González, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social núm. Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona. Doy fe.