



Roj: **STSJ AND 3767/2017 - ECLI: ES:TSJAND:2017:3767**

Id Cendoj: **41091340012017100246**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **01/02/2017**

Nº de Recurso: **570/2016**

Nº de Resolución: **272/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA ELENA DIAZ ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 570/2016 S Sentencia nº 272/2017

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

DOÑA MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

DOÑA MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA

DON JOSE JOAQUIN PEREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a uno de febrero de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los lltmos. Sres. Magistrados citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY , ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 272/2017

En el recurso de suplicación interpuesto por D^a Carina , contra la sentencia del Juzgado de lo Social 3 de Sevilla, en sus autos núm. 875/14, ha sido Ponente la lltma. Sr^a. Magistrada Doña MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D^a Carina contra Restauraciones Crisrober S.L.U y el **Fogasa**, sobre Despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 19 de junio de 2015 por el referido Juzgado, con estimación de la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

PRIMERO.- Carina , mayor de edad, con DNI NUM000 , presta servicios para la empresa RESTAURACIONES CRISROBER SL en virtud de contrato indefinido, con una antigüedad de 4-5-13, con la categoría profesional de auxiliar de restaurante y percibiendo un salario diario de 39'98 € día por todos los conceptos.

SEGUNDO.- El día 22-7-14 al actor se le entregó carta de despido por causas objetivas que obra al folio 36 de las actuaciones y que aquí se da por reproducido.

Al actor se le adeudan las nóminas de mayo de 2014 a julio de 2014.

La empresa consta de baja y sin actividad.

TERCERO.- No consta que el trabajador ostente o haya ostentado en el año anterior a julio de 2014 la condición de representante legal de los trabajadores.



CUARTO.- El día 4-8-14 se presentó papeleta de conciliación, celebrándose el acto el día 2-10-14 sin avenencia. El día 29-8-14 se presentó demanda.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por D^a Carina , que no fue impugnado por la parte contraria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de suplicación lo interpone la actora, al amparo del artículo 193 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , contra la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del despido acordado por la empresa "Restauraciones Crisober S.L.U.", al no acreditar las causas justificadoras del mismo dada su incomparecencia al acto del juicio, pretendiendo que se calcule la indemnización por despido improcedente hasta la fecha de la sentencia, ya que la indemnización fijada en la misma lo fue hasta la fecha del despido.

Se denuncia en el recurso, por la vía del apartado c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , la infracción del artículo 110.1 b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , ya que la sentencia ante la opción realizada por el Fondo de Garantía Salarial en el acto del juicio por la extinción del contrato de trabajo y el pago de la indemnización, calculó el importe de la misma computando hasta la fecha del despido el 22 de julio de 2.014, pretendiéndose en el recurso que se calcule hasta la fecha de la sentencia el 19 de junio de 2.015 .

El artículo 110.1 b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social establece que "**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.**".

En este caso aunque la demandante ejercitó la opción por la extinción del contrato de trabajo debe prevalecer la opción realizada por el Fondo de Garantía Salarial como responsable subsidiario de las prestaciones de garantía salarial por insolvencia de la empresa, organismo que también ha ejercitado la opción por la indemnización, facultad que está amparada por el artículo 110.1 a) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , que establece que "**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.**".

El Fondo de Garantía Salarial aunque no es el titular del derecho de opción que sólo corresponde a la empresa, interviene en defensa de los intereses públicos de los que es garante, por disponerlo así el artículo 23 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , participando en el proceso como parte, atribuyéndole el párrafo 3º de este artículo las más amplias facultades para reducir las prestaciones de las que debe responder como consecuencia de la insolvencia de las empresas, y así el artículo establece que: "**El Fondo de Garantía Salarial dispondrá de plenas facultades de actuación en el proceso como parte, pudiendo oponer toda clase de excepciones y medios de defensa, aun los personales del demandado, y cuantos hechos obstativos, impeditivos o modificativos puedan dar lugar a la desestimación total o parcial de la demanda, así como proponer y practicar prueba e interponer toda clase de recursos contra las resoluciones interlocutorias o definitivas que se dicten.**".

Conforme a esta norma el Fondo de Garantía Salarial tiene facultades para anticipar el derecho de opción que corresponde a la empresa y que debería reconocer la sentencia, con el fin de reducir su responsabilidad subsidiaria, ya que no tendría sentido como plantea la recurrente que la empresa se pueda beneficiar de un derecho de opción entre el abono de la indemnización calculada hasta la extinción del contrato en la fecha del despido, y el Fondo de Garantía Salarial que defiende intereses públicos tuviera que abonar la indemnización superior calculada hasta la fecha de la sentencia y variable según la demora o carga de trabajo del órgano judicial que dictara la resolución judicial.

SEGUNDO.- El artículo 23 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social establece una regulación privilegiada del Fondo de Garantía Salarial para reducir su responsabilidad en el abono de las prestaciones de garantía salarial, y así el apartado 5º del precepto establece que "**cuando comparezca en juicio en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, el Fondo de Garantía Salarial deberá alegar todos aquellos motivos de oposición que se refieran a la existencia de la relación laboral, circunstancias de la prestación, clase o extensión de la deuda o a la falta de cualquier otro requisito procesal o sustantivo. La estimación de dichas alegaciones dará lugar al pronunciamiento que corresponda al motivo de oposición alegado, según su naturaleza, y a la exclusión o reducción de la deuda, afectando a todas las partes.**", es decir, la finalidad de la intervención del Fondo de Garantía Salarial es la de reducir la deuda que se reclama a la empresa, por ello, asume la posición de la



empresa desaparecida e insolvente haciendo uso de todas las excepciones y motivos de oposición que le puedan beneficiar a efectos de conseguir una reducción de la deuda o incluso la desaparición de la misma.

El derecho de opción que ejercita el Fondo de Garantía Salarial es el que se concede con carácter general la sentencia de despido, contemplado en el artículo 110 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social en relación con el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, y que consiste en la elección entre la readmisión del trabajador con el pago de los salarios de tramitación o el abono de una indemnización, que determinará la extinción del contrato de trabajo que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo a causa del despido, y que se calculará hasta esa fecha.

En consecuencia habiendo optado el Fondo de Garantía Salarial en el acto del juicio por el abono de la indemnización la misma ha sido adecuadamente calculada a la fecha del despido, ya que no se puede considerar que el Fondo de Garantía Salarial puede ejercer el derecho de opción como si de la empresa se tratara, y sin embargo incrementar la indemnización de la que debe responder computándolo hasta la fecha de la sentencia, es decir, **no puede el empresario si opta pagar una indemnización y el Fondo de Garantía Salarial otra mayor, cuando el Fondo de Garantía Salarial tiene una responsabilidad subsidiaria por su insolvencia**, lo que nos conduce a la desestimación del recurso de suplicación interpuesto y a la confirmación de la sentencia de instancia.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a. Carina contra la sentencia dictada el día 19 de junio de 2.015, en el Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla, en el procedimiento seguido por la demanda interpuesta en impugnación de despido a instancias de D^a. Carina contra la empresa "RESTAURACIONES CRISROBER S.L.U.", habiendo sido parte el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y confirmamos la sentencia impugnada en todos sus pronunciamientos.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser **preparado por cualquiera de las partes o el Ministerio Fiscal** dentro de los **DIEZ DÍAS** hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante **escrito** dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas **copias** como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá **designarse un domicilio** en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

En tal escrito de preparación del recurso **deberá constar**: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos";

b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción";

c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Una vez firme la sentencia por el transcurso del plazo sin interponerse el recurso, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la misma, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- En Sevilla a 1 de febrero de 2017.