



Roj: **STSJ GAL 9781/2014 - ECLI: ES:TSJGAL:2014:9781**

Id Cendoj: **15030340012014105698**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **18/11/2014**

Nº de Recurso: **3414/2014**

Nº de Resolución: **5692/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **ANTONIO JOSE GARCIA AMOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA**

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

**NIG:** 32054 44 4 2014 0000672

402250

**TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPLICACION 0003414 /2014 MCR**

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000180 /2014 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de OURENSE

**Recurrente/s:** FOGASA

**Abogado/a:**

**Procurador/a:**

**Graduado/a Social:**

**Recurrido/s:** ADEGA DO EMILIO SL, Isaac

**Abogado/a:**

**Procurador/a:**

**Graduado/a Social:**

ILMO. SR. D. ANTONIO GARCIA AMOR

ILMA. SRA. D. BEATRIZ RAMA INSUA

ILMA. SRA. DÑA. MARÍA TERESA CONDE PUMPIDO TOURÓN

En A CORUÑA, a dieciocho de Noviembre de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NO MBRE 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 SUPPLICACION 0003414 /2014, formalizado por el/la FOGASA, contra la sentencia número 209 /14 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de OURENSE en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000180 /2014, seguidos a instancia de Isaac frente a FOGASA, ADEGA DO EMILIO SL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª ANTONIO GARCIA AMOR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D/Dª Isaac presentó demanda contra FOGASA, ADEGA DO EMILIO SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 209 /14, de fecha veintinueve de Abril de dos mil catorce

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

PRIMERO.- La actora D. Isaac , ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada ADEGA DO EMILIO S.L. desde el 11-3-2011, con la categoría profesional de camarero ayudante y percibiendo un salario mensual de 984,33.-€ incluido el prorrateo de las pagas extras.

SEGUNDO.-En fecha 16 de Enero de 2014, fue hallado muerto el Administrador Unico y gerente de la empresa D. Jose Antonio .

Desde dicha fecha permaneció cerrado el centro de trabajo, sin proporcionar al trabajador ocupación efectiva.

TERCERO.-La demandante presentó escrito ante la Inspección de Trabajo el 12-2-2014 solicitando se oficiase a la TGSS para que procediera a la baja no voluntaria.

Tras el informe de Inspección de trabajo, la TGSS formalizó de oficio la baja con efectos del 15-1-2014.

CUARTO.-A la actora no se le han abonados los siguientes conceptos:

-Extra Junio 13: 843, 71. -€.

-Noviembre: 843, 71. -€.

-Diciembre 13: 843, 71. -€.

-Extra Diciembre 13: 843, 71. -€.

-Enero 14: 843, 71. -€.

-Febrero 14: 843, 71. -€.

-Marzo 14: 843, 71. -€.

-Abril 14: 646,84. -€.

-P.P. Extra Junio 14: 686, 52.-€.

-P.P. Extra Diciembre 14: 258, 89.-€.

-Vacaciones 14 (9 días) 253, 11. -E.

QUINTO.- La actora no ostenta ni ha ostentando la condición de representante legal de los trabajadores.

SEXTO.-En reclamación por despido el actor presentó demanda que fue turnada a este Juzgado el 26-2-2014.

En reclamación por rescisión de contrato formuló demanda el 27-2-2014, que fue acumulada a la de despido.

SEPTIMO.-Se tuvo por intentada sin efecto la conciliación ante la UPMAC

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

Que estimando las demandas acumuladas, interpuestas por D. Isaac , contra la empresa ADEGA DO EMILIO S.L. debo declarar y declaro improcedente el despido de la actora, llevado a cabo por la empresa, y, siendo de imposible cumplimiento la opción por la readmisión, por cese de actividad, debo declarar y declaro resuelta y extinguida la relación laboral en la fecha de la presente resolución, y, en consecuencia condeno a la empresa demandada a abonar a la actora la cantidad de 3748,61.-€ en concepto de indemnización y la cantidad de 7751,33.-€ por los conceptos no abonados cantidad esta última que ha de incrementarse en un 10% de interés por mora.



**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 este T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 17/7/14.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 18/11/14 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

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia estimó las demandas acumuladas de rescisión contractual y de despido, que declaró improcedente, así como extinguida la relación de trabajo entre las partes, por imposibilidad del empresario fallecido de optar por la readmisión, condenando a la empresa demandada a abonar 3.748'61 euros como indemnización y 7.751'33 euros por salarios de tramitación.

El Fondo de Garantía Salarial [FOGASA] recurre dicho pronunciamiento. A tal fin, solicita revisar los hechos probados y el derecho que aplicó, por entender que vulnera los artículos 26.3 y 56.1 del Estatuto de los Trabajadores [ET ] así como las sentencias que cita, pues la sentencia reconoce salarios de tramitación correspondientes a un período en que no tuvo ocupación efectiva y aquéllos sólo proceden en el caso de readmisión del trabajador.

**SEGUNDO.-** La pretensión fáctica consiste en sustituir el hecho probado 4º, por: "A la actora no se le han abonado los siguientes conceptos: 843,71 € de extra de junio 2013, 843,71 € de noviembre, 843,71 € de diciembre, 843,71 € de extra de diciembre, 449,98 € de 16 días de enero, 462,31 € de extra de julio de 2014, 36,98 € de extra de diciembre de 2014 y 36,84 € de vacaciones".

No se acepta, porque se ampara en una apreciación valorativa particular de otras manifestaciones de hecho de la sentencia recurrida, cuando es sabido que la revisión fáctica exige que la prueba documental [o pericial] invocada demuestre, por sí sola, la equivocación del juzgador, de forma clara, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [ TS s. 9-12-2011 ].

**TERCERO.-** La denuncia jurídica de suplicación no prospera, de acuerdo con lo ya resuelto por esta Sala en asunto de análoga significación al actual, y que hemos de observar por imponerlo el principio de seguridad jurídica.

Así, la reciente sentencia de 29-10-2014 indica: <<.....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", de manera que esta norma, introducida en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social que entró en vigor en 11/12/2011, legaliza la práctica existente con anterioridad -aunque sin apoyo legal en la anterior Ley de Procedimiento Laboral- 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 y través de tal 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, si bien el citado uso no estuvo exento de ciertos problemas aplicativos y entre otros, a los efectos que aquí nos 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 Estatuto de los Trabajadores o hasta la fecha de la propia sentencia, aplicando analógicamente los artículos 279 y 284 de la Ley de Procedimiento Laboral , siendo así que, sin cuestionar en ningún momento la legalidad del uso forense de que se trata, la sentencia del Tribunal Supremo 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 entrada en vigor de 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 -aunque la denuncia jurídica se detiene en si esa norma se puede aplicar o no de oficio- en la sentencia de instancia 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, pero la Sala considera, por el contrario, que 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 éste 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 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ello no implicaba especial problema porque los salarios de tramitación se devengaban también en el caso de opción por la indemnización, por lo que -de manera expresa o bien 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 lo que se compadece con la sentencia del Tribunal Supremo de 6.10.2009, RCU 2832/2008, mientras que, por otra parte, 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 sentencia del Tribunal Supremo de 6.10.2009, RCU 2832/2008 - y 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 y 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), sin que pueda soslayarse, en tercer lugar, que 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, esto es, 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 chocaría con el fin último y practicidad de la norma en cuestión".

**CUARTO.-** Aplicar los principios que se recogen en el fundamento de derecho anterior lleva a ratificación la decisión judicial impugnada, también su aspecto cuantitativo, sin base fáctica contradictoria o no impugnado específicamente en el presente trámite.

Por todo ello,

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del Fondo de Garantía Salarial contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense, de 29 de abril de 2014 en autos acumulados nº 179 y 189/2014, que confirmamos.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de este T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

**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 35 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.

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.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDO