



Roj: **STSJ AND 4563/2016 - ECLI:ES:TSJAND:2016:4563**

Id Cendoj: **41091340012016101133**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **05/05/2016**

Nº de Recurso: **1306/2015**

Nº de Resolución: **1208/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE JOAQUIN PEREZ-BENEYTO ABAD**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso.- 1306/15, sent. 1208/16

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, MELILLA, CEUTA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTMOS. SRES.:

D^a. M^a ELENA DÍAZ ALONSO

D^a. MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA

D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a cinco de Mayo de dos mil dieciséis.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 1208/16

En el recurso de suplicación interpuesto por el FOGASA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla en sus autos núm. 0138/14; ha sido Ponente el lltmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado, quien expresa el parecer de esta Sala sobre la resolución que merece el presente recurso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, el recurrente fue demandado, junto a COCINAS E INTERIORISMO S.L., por D. Abilio , en demanda de despido y cantidad, se celebró el juicio y el 13 de noviembre de dos mil catorce se dictó sentencia por el referido Juzgado, estimando la pretensión de despido y de cantidad, declarando improcedente el despido y condenando a la empresa a las consecuencias legales así como al abono de 5.531,19€ mas intereses, mas costas.

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

1º) El demandante, Abilio venía prestando sus servicios retribuidos para la demandada COCINAS E INTERIORISMO, S.L. desde el 10.03.2004, realizando funciones propias de la categoría profesional de oficial de 2a carpintero y percibiendo un salario diario a efectos de despido de 42,24 euros.

2º) El día 13.12.2013 la empresa notificó al demandante carta de despido disciplinario, aportada como reproducida, imputándose disminución continuada y voluntaria en su rendimiento.



3º) A la fecha del despido la demandada tenía pendiente de pago y no consta le haya pagado todavía las retribuciones devengadas desde el 01.08.2013 al 13.12.2013, por importe total de 5.531,19 euros conforme al desglose de períodos y cantidades y conceptos de la demanda, que se da por reproducido.

4º) El demandante no es ni ha sido representante legal de los trabajadores durante el año anterior al despido.

5º) Se presentó papeleta de conciliación por despido el día 30.12.2013, que se celebró el día 22.01.2014 con el resultado de intentada sin efecto al no comparecer la demandada que estaba debidamente citada; y el día 23.01.2014 presentó la demanda de despido.

6º) Se presentó papeleta de conciliación por reclamación de cantidad el día 05.02.2014, que se celebró el día 06.03.2014 con el resultado de intentada sin efecto al no comparecer la demandada que estaba debidamente citada; y el día 19.03.2014 presentó la demanda de reclamación de cantidad.

7º) Desde el 30.04.2014 la empresa demandada se encuentra dada de

baja en la Seguridad Social como empleadora y carece de empleados en alta."

TERCERO.- El codemandado FOGASA recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado por el actor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia estimatoria de la pretensión de despido y cantidad, condenada la empresa, se alza el FOGASA por el cauce del apartado c) del art 193 LRJS denunciando la infracción del art. 110.1 a y b LRJS, y de los arts. 23.3 y 56 ET con el argumento que adelantada la opción por la indemnización en el acto del juicio por el FOGASA, hoy recurrente, se debió declarar extinguida la relación laboral en sentencia, dado el cierre de la empresa, y se debió dar la posibilidad de ejercitar tal adelanto de opción ya que, se arguye, el FOGASA puede pedir tal extinción dado que es imposible la readmisión en cuanto el FOGASA puede ejercitar el derecho de opción que corresponde al empresario que no acude a juicio y existiendo datos de los que inferir la imposibilidad de tal readmisión.

El impugnante alega que "aunque conste la baja en Seguridad Social de la empresa demandada y la carencia de trabajadores de alta" el FOGASA no puede solicitar la extinción.

En el documento al f. 81 consta lo alegado por el impugnante. En STSJA Sevilla nº 1406/12, rec 2546/10 ya conocimos, a propósito de reclamaciones al FOGASA por la empresa hoy demandada, el que se produjo un despido colectivo, obviamente por causas objetivas, en que casi la totalidad de la plantilla fue despedida. Se añade el que el actor tiene medios de comprobación de la situación de quien la despidió: basta llamar a los números de teléfonos que aparecen de la empresa y comprobará que corresponden a domicilios; amen de que un simple paseo por el Parque Industrial La Campiña, nave 10, en Écija, le mostrará que queda de la empresa. Alguna diligencia le es exigible al demandante cuando a su solicitud y aún en el acto del juicio, si consta que la readmisión no es realizable, puede acordarse, para el caso de declararse la improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, en la que se debe declarar extinguida la relación y condenar al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia, mas salarios de tramitación, de haberlo realizado el actor ex art. 110.1.b) LRJS, y STSJA Sevilla nº 3200/15 de 17 de diciembre, rec 2943/14.

En fin, la empresa cerró y carece de actividad.

SEGUNDO.- En STSJA Sevilla nº 858/16 de 31 de marzo, rec 779/15, ya sostuvimos que "el Fondo de Garantía Salarial tiene facultades para anticipar el derecho de opción que corresponde a la empresa".

El FOGASA puede ser parte en el proceso de despido en dos posiciones distintas: La primera es facultativa y se refiere a los procesos en los que pudiera derivarse posteriormente para él alguna obligación de garantía - art.23.1 LRJS -. La segunda es necesaria y se refiere a los procesos en que estén demandadas las empresas incursas en un procedimiento concursal, insolventes "o desaparecidas" - art.23.2 LRJS -.

En este segundo caso la posición del FOGASA es de un interviniente adhesivo atípico, pues no se ajusta a los cánones de intervención que la doctrina procesalista ha establecido para el proceso civil, pues siendo en principio un interviniente adhesivo simple, participa de facultades que son propias del litisconsorcio (SSTS 14-10-05, EDJ 188490 ; 24-3-04, EDJ 40606 ; 22-10-02 , EDJ 61460) en atención a las singulares caracteres que lo adornan (organismo público de garantía, responsabilidad subsidiaria legal y obligatoria, gestión y defensa de fondos públicos) y la asunción de obligaciones legales que le impone el art. 23.3 LRJS ; y todo ello por entender que necesita plenas facultades de actuación en el proceso para la adecuada defensa de sus legítimos intereses.



Su intervención en el proceso declarativo, tanto sea voluntaria o provocada el FOGASA, actúa como institución de garantía y a su intervención en los procesos, planteados entre trabajadores y empresarios, "de los que pudiera derivar prestaciones" posteriormente - art. 23.1 LRJS -, es decir, en aquéllos en que se pretenda constituir el título ejecutivo frente al empresario, ante cuya insolvencia se actualizará la responsabilidad del FOGASA.

Entre dichos procesos específicos, con referencia a los arts. 33.1 y 2 ET, están los supuestos de despido.

La intervención provocada, recogida en el art. 23.2 LRJS, se produce cuando, en procesos iguales a la situación anterior, además, la empresa se encuentre incurso en un procedimiento concursal, haya sido declarada insolvente o desaparecida.

En lo que aquí nos interesa, tanto en la intervención voluntaria como en la provocada el carácter de la misma viene calificado como parte. Al decir que "podrá comparecer" o "citará" como parte, no se hace referencia a que lo sea, sino a las facultades que podrá ejercitar en el proceso, que serán las mismas reconocidas a las partes, de ahí la afirmación de sus efectos meramente procesales como titular de un interés propio, independiente y no subordinado al de las partes principales.

En suma, incorporado al proceso voluntariamente, con preclusión de las actuaciones anteriores que se hayan producido, o llamado para el acto de juicio como parte, tal condición permite al FOGASA, en ambos supuestos, las más amplias facultades de oposición y defensa para la protección de sus intereses, con excepción de las que impliquen disponer del objeto del proceso, reservadas exclusivamente a las partes principales del mismo, y sin perjuicio de la posibilidad de oponerse a las que éstas hagan y perjudiquen sus intereses

Con carácter general, podrá hacer uso de todas las facultades atribuidas a las partes: oponer toda clase de excepciones, formular alegaciones, proponer y practicar pruebas, recurrir e impugnar recursos; en particular, la de procurar la válida constitución de la relación jurídico-procesal, tanto respecto a posibles responsables solidarios con el empresario demandado, como respecto a él mismo, cuando es llamado al proceso caprichosamente a instancias del demandante, sin darse los requisitos para ello; examinar que la demanda cumpla todos los requisitos exigidos legalmente a efectos de manifestar al Juzgado las omisiones que se haya producido para que interese del demandante la pertinente subsanación, así como el haberse cumplido con la exigencia de la conciliación administrativa previa, o la competencia del órgano jurisdiccional, fundamentalmente, en razón al territorio, cuestiones éstas que, pese a tratarse de orden público apreciables de oficio por el Juez, en su calidad de parte podrá plantear; interesar se acrediten por el demandante los hechos alegados en la demanda, oponiéndose al fondo de la misma, tanto respecto a la existencia de relación laboral, cuando no le conste la misma, como a la realidad de la deuda o del despido, por cuanto la posibilidad de tener por confeso al llamado no compareciente, prevista en el art. 91.2 LRJS, no puede perjudicar al FOGASA compareciente, pues, conforme al art. 1.232 CC, la confesión hará prueba sólo contra su autor, por lo que siendo el FOGASA ajeno a la relación jurídico-material habrá de aplicarse el art. 1.214 CC.

Evidentemente su intervención puede incidir en la sentencia que se dicte: existencia o no de relación laboral, caducidad de la acción de despido, inexistencia del mismo, cuantía del salario, años de servicio a la empresa, etc., por tal motivo estas cuestiones que afectan tanto a la existencia del crédito como a su extensión, respecto del empresario e indirectamente con referencia al FOGASA, deben ser alegadas y debatidas en el primer proceso, prescindiendo de los efectos de la cosa juzgada, directos o reflejos, pues el objeto del mismo es la constitución del título, el reconocimiento del derecho o del crédito frente al empresario, no la responsabilidad del FGS que es lo que podrá discutirse en el segundo proceso.

En consecuencia, la intervención del FGS en el proceso seguido frente al empresario determina su vinculación a lo decidido en la sentencia, no pudiendo discutirse, por haber precluido la posibilidad de hacerlo, ni en vía administrativa ni en el proceso seguido contra su resolución, lo que ya fue objeto de debate y resuelto por dicha sentencia, por ejemplo, la antigüedad, la existencia de relación laboral la caducidad del despido, la fecha del mismo, la cuantía del salario, períodos reclamados, etc., es decir, cuanto incida en la responsabilidad que en ese proceso se exija al empresario demandado, pues de lo que se trata es de la constitución del título ejecutivo frente a él, y justificando la intervención del FOGASA en dicho proceso al objeto de prevenir posibles conductas fraudulentas, en connivencia o no entre las partes principales, de tal forma que si esta posibilidad previsoramente no se produjera en el primer proceso y se detectarían tales conductas posteriormente, la vía de defensa del organismo que permanecería abierta sólo sería la del recurso de revisión contra la sentencia que se hubiere dictado y no la posibilidad de rechazo de la petición dirigida frente al mismo.

En congruencia con lo argumentado el ejercicio en juicio por el FOGASA del adelanto por la opción por la extinción del contrato ex art. 110.1.a) LRJS ya que el instituto de garantía lo hace, como parte fiadora, con facultades que podrá ejercitar en el proceso, que serán las mismas reconocidas a las partes, en defensa y para la protección de sus intereses, que son dineros públicos, y cuando ese proceso seguido frente al empresario



determina su vinculación a lo decidido en la sentencia, con lo que por esta cuádruple razón se exige un pronunciamiento expreso en el fallo de la sentencia que ponga fin al proceso de despido (SSTS 22-10-02 RJ 1904 ; 14-10-05 RJ 8024) puesto que consideramos que la posición jurídica del FOGASA es la de un fiador con responsabilidad subsidiaria y así su alegación respecto a que la empresa está "desaparecida", sustentada en la prueba del f. 62, mas las antes reseñadas, sólo tiene acomodo en este proceso, en el que pueden y deben debatirse todas las cuestiones relacionadas con dicha deuda, ya que, de no hacerlo, entran en juego los efectos preclusivo y positivo de cosa juzgada antes aludidos. El Fondo podrá alegar tanto las excepciones que pueden favorecer a la empresa, como aquellas otras que, referidas a la deuda objeto del litigio, sólo a él pueden beneficiar. Tal posibilidad, que deriva de su atípica posición, resulta ya indudable a la luz del art. 13 LEC vigente.

Reiteramos, el ejercicio por el Fondo de la opción amparada en el art. 110.1.a) LRJS Y EN EL ART. 1.134 CC exige una respuesta expresa del órgano jurisdiccional, no sólo en los fundamentos sino también en el fallo de su sentencia: No es lógico, so pena de convertir la defensa del Fondo en un puro formalismo inútil, otorgar al ejercicio de tal opción un valor meramente cautelar, como si se tratara de cumplir en este pleito con un simple requisito de alegación previa, necesario para poder plantearla formalmente en un momento posterior. Si es parte y puede utilizar todos los medios de defensa válidos en derecho, y su no utilización produce los efectos antes dichos, es lógico concluir que también el ejercicio de tal opción debe producir efectos de cosa juzgada para la contraparte.

Luego si en la sentencia carecemos de pronunciamiento en el fallo -pues desconocemos el por qué no consta si por no acreditarse el cierre de la empresa o por que se niega al FOGASA la posibilidad de ejercer la opción- ante el ejercicio de la opción ex art. 110.1.a) LRJS debió ser acogida, y realizarse un pronunciamiento sobre el anticipo de la opción por la indemnización con respecto de la institución de garantía en cuanto supone una facultad ex art. 23.3 LRJS .

TERCERO.- Sostenemos que el anticipo de la opción por la indemnización ex art. 110.1.a) LRJS supone el ejercicio por el FOGASA de una facultad ex art. 23.3 LRJS en los mismos argumentos que expusimos en precedente STSJA nº 858/16 de 31 de marzo, rec 779/15: "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.", este precepto aunque se menciona en la sentencia no es aplicable en este caso ya que requiere solicitud de la parte demandante, y no de la demandada, posición que ocupa el Fondo de Garantía Salarial como responsable subsidiario de las prestaciones de garantía salarial por insolvencia de la empresa, organismo que es quién 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 el órgano judicial que dictara la resolución judicial.

El artículo 23 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social establece una regulación que 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".

CUARTO.- Resta concretar a que fecha se extingue la relación laboral y si se adeudan salarios de tramitación, cuestiones a la que ya dimos cumplida respuesta en la STSJA nº 858/16 de 31 de marzo, rec 779/15: "El derecho de opción que ejercita el Fondo de Garantía Salarial es el que 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, 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".

Es obvio que si entendemos extinguida la relación a fecha del despido - art. 56 ET : "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"- no caben salarios de tramitación.

Estimado el motivo del recurso, se revoca la sentencia en parte conforme a lo hasta aquí razonado.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por el FOGASA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla en sus autos núm. 0138/14, en los que el recurrente fue demandado, junto a COCINAS E INTERIORISMO S.L., por D. Abilio , en demanda de despido y cantidad, y como consecuencia revocamos en parte dicha sentencia y teniendo por anticipada la opción por la indemnización, declaramos extinguida la relación a fecha 13 de diciembre de 2013 y en consecuencia se condena a COCINAS E INTERIORISMO S.L. al abono de una indemnización de 17.945,80€ sin salarios de tramitación, quedando el resto de la sentencia en igual sentido.

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 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 LRJS .

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".

Se advierte a la empresa condenada que, de hacer uso de tal derecho, al preparar el recurso, deberá presentar en esta Sala resguardo acreditativo de haber consignado la cantidad objeto de la condena, en la cuenta de "Depósitos y Consignaciones" del Banco de Santander oficina urbana Jardines de Murillo sita en esta Capital



Avda. de Málaga núm. 4, núm. de cuenta 4.052 0000 65 1305 15, tal consignación podrá sustituirla por aval bancario, en el que deberá constar la responsabilidad solidaria del avalista, quedando el documento presentado en poder del Sr. Secretario de esta Sala, que facilitará recibo al presentante y expedirá testimonio para su incorporación al rollo.

Asimismo se advierte al recurrente no exento, que deberá acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito de 600€, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta a favor de esta Sala, en el Banco de Santander, Oficina urbana Jardines de Murillo, en Sevilla, en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-35- 1305-15, especificando en el documento resguardo de ingreso, campo concepto, que se trata de un "Recurso".

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACIÓN: En Sevilla a cinco de Mayo de dos mil dieciséis.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ