



Roj: **STSJ CV 4772/2014 - ECLI: ES:TSJCV:2014:4772**

Id Cendoj: **46250340012014100998**

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

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **13/05/2014**

Nº de Recurso: **464/2014**

Nº de Resolución: **1177/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANTONIO VICENTE COTS DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

1 R.Suplicación nº 464/14

RECURSO SUPPLICACION - 000464/2014

Ilmo/a. Sr/a. Presidente D/Dª. Manuel Jose Pons Gil

Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. Antonio Vicente Cots Diaz

Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. Gema Palomar Chalver

En Valencia, a trece de mayo de dos mil catorce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as citados/as al margen, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA Nº 1177/2014

En el RECURSO SUPPLICACION - 000464/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 02 de octubre de 2013, dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL NUMERO 2 DE ELX , en los autos 001238/2012, seguidos sobre DESPIDO, a instancia de Amparo y Enriqueta , contra Feliciano (BAR TAPAS LA FOROLA) y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, y en los que es recurrente FONDO DE GARANTIA SALARIAL, habiendo actuado como Ponente el/a Ilmo/a. Sr/a. Dº./Dª. Antonio Vicente Cots Diaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: "FALLO: Que estimando las demandas formuladas por Dña. Enriqueta y Dña. Amparo contra D. Feliciano (Bar Tapas La Farola), debo declarar y declaro improcedentes los despidos de que fueron objeto las demandantes y condeno a la demandada a:Que a su opción les readmita con abono de salarios de tramitación o les abone las cantidades que a continuación se indican en concepto de indemnización por la extinción de las relaciones laborales. Con la advertencia de que de no optar expresamente por ninguna de las dos alternativas legales se entenderá que procede la readmisión.

Indemnización

Dña. Enriqueta

Dña. Amparo

1.456,56€

1.348,70€

Y condeno al FONDO DE GARANTIA SALARIAL, como responsable subsidiario y hasta los límites legales a su cargo, al pago de dicha indemnización y salarios de tramitación, en cuanto al primero de los conceptos sólo en el caso de que en trámite posterior se declare resuelto el contrato de trabajo. **SEGUNDO** .- Que en la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes: **1º)Circunstancias laborales** . Las



actoras formalizaron los siguientes contratos:-Dña. Amparo , formalizó contrato el 5-1-12, en la modalidad de eventual, con categoría de ayudante de cocinera y jornada ordinaria de 20 horas semanales. Como motivo de la eventualidad se indicó "...Necesidad de Ayuda por la previsión de incremento de clientes debido a las ofertas de la empresa...". La duración se fijó hasta el 4-4-12. No obstante ello se prorrogó hasta el 19-11-12.-Dña. Enriqueta , formalizó contrato el 1-12-11, en la modalidad de eventual, con categoría de ayudante de camarero y jornada de 10 horas semanales. Como motivo de la eventualidad se especificó " *Necesidad de ayuda por la previsión de aumento de clientes durante este mes por la navidad* ". La duración se fijó hasta el 31-12-11. No obstante se prorrogó hasta el 30-9-12. **2º) Prestación de servicios.** Las actoras prestaron servicios con las siguientes circunstancias: -Dña. Amparo , como cocinera y jornada de 40 horas semanales, desde el 5-1-12, devengando salario mensual de 1.254,51€, incluido prorrateo de pagas extras. -Dña. Enriqueta , como ayudante de camarera y jornada de 40 horas semanales, desde el 1-12-11, devengando salario de 1.213,84€ mensuales, incluido prorrateo de pagas extras. (Resulta documental aportada y confesión tácita en que se tiene a la demandada). **3º) Cese prestación de servicios y baja en seguridad social.** Las actoras se personaron en el centro de trabajo el 11-10-12, encontrándose el mismo cerrado y manifestándoles el representante de la demandada que no había suministro de luz por lo que no abrirían ese día. Los días siguientes se personaron igualmente recibiendo la misma comunicación por parte de la empresa, hasta el día 29 del mismo mes de octubre en que tuvieron conocimiento que habían sido dadas de baja, con esa misma fecha, en la seguridad social (en demanda y por error se señala 29-10-10). (Resulta de la demanda, declaración de las actoras y confesión tácita en que se tiene a la demandada por su incomparecencia). **4º) Cargo representativo.** No ostentaban en el momento del despido, ni tampoco con anterioridad, cargo alguno de representación de los trabajadores. (Resulta de la propia manifestación del actor en su demanda).

TERCERO .- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada FONDO DE GARANTIA SALARIAL, habiendo sido impugnada por la parte demandante. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Frente a la sentencia de instancia que estimando la demanda declaró los despidos improcedentes y estableció que a opción de la empresa les readmita con abono de los salarios de tramitación o les abone las cantidades que indica en concepto de indemnización por extinción de las relaciones laborales, con la advertencia de que de no optar expresamente por ninguna de las dos alternativas legales se entenderá que procede la readmisión y condena al Fondo de Garantía Salarial como responsable subsidiario y hasta los límites legales a su cargo, al pago de dicha indemnización y salarios de tramitación en cuanto al primero de los conceptos sólo en el caso de que en trámite posterior se declare resuelto el contrato de trabajo, interpone recurso de suplicación el Fondo de Garantía Salarial, siendo impugnado el recurso por la parte actora y en el primer motivo del recurso si bien se alude a los hechos declarados probados no se interesa modificación de los mismos, refiriéndose a estos para analizar la resultancia fáctica como soporte de la denuncia jurídica que efectúa en el segundo motivo del recurso.

SEGUNDO .- Con amparo procesal en el artículo 193, c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se denuncia infracción por inaplicación de los artículos 110.1.B y 74 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre en relación con el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores , en la redacción que le otorga la Ley 3/2012, de 6 de julio, así como del artículo 1.134 del Código Civil , alegando, en síntesis, que en el presente supuesto se dan los requisitos para aplicar el criterio del artículo 110.1 b) de la LRJS y que la interpretación que efectúa la sentencia impugnada vulnera el principio de celeridad que inspira el procedimiento laboral, y que tras la reforma de julio de 2012 no procede el abono de salarios de tramitación hasta la sentencia. Sin que la aplicación del art. 110.1 b) exija el mutuo acuerdo de las partes, habiéndose el Fondo de Garantía Salarial adherido a la petición de que se declarara la extinción de la relación laboral con condena al pago de la indemnización correspondiente.

Sostiene la parte impugnante del recurso que el Fondo de Garantía Salarial carece de legitimación procesal para articular la argumentación que efectúa, ya que es la parte actora la que únicamente puede efectuar la solicitud de extinción de forma anticipada y solo la parte actora esta legitimada para impugnar la sentencia a través de la articulación de un recurso por no haber visto atendida su solicitud, careciendo el FOGASA de legitimación para efectuar dicha alegación. De conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social el Fondo de Garantía Salarial puede comparecer como parte en cualquier fase o momento en los procesos de los que pudiera derivar prestaciones de garantía salarial en defensa de los intereses públicos que gestiona y para ejercitar las acciones o recursos oportunos, disponiendo de conformidad con el art. 23.3 de la LRJS de plenas facultades de actuación en el proceso como parte, pudiendo oponer toda clase de excepciones y medios de defensa, aún los personales del demandado, y cuantos hechos obstativos, impeditivos o modificativos puedan dar lugar a la desestimación total o parcial de la demanda,



todo lo cual revela que el Fondo de Garantía Salarial dispone de plenas facultades para actuar en el proceso como parte y lo mismo debe predicarse en el trámite de recurso, por lo que decae la alegación de la parte impugnante del mismo.

Por la parte recurrente FOGASA se alega que el artículo 110.1.b) en la redacción que le otorga la Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, mantiene la posibilidad de que a solicitud de la parte demandante, si constare no ser posible la readmisión, pueda acordarse tener por efectuada la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación laboral en la propia sentencia en caso de improcedencia del despido, pero suprime para este caso la condena a salarios de tramitación de tal modo que la única condena posible es la del abono de la indemnización calculada hasta la fecha de la sentencia. Y en este caso se dan todos los presupuestos de hecho para aplicar el citado precepto ya que la parte actora, conocedora del cierre empresarial y por ende de la posibilidad de readmitir, solicita en aras al principio de economía procesal, se tenga por efectuada la opción por la indemnización y se declare la extinción de la relación laboral en la sentencia.

La voluntad del legislador tras la reforma del año 2012 es que se abonen salarios de tramitación en la fase declarativa del proceso en los supuestos de condena a la readmisión, bien porque el despido se declare nulo o bien porque declarada la improcedencia se opte por la readmisión. Y en la fase de ejecución de la sentencia de conformidad con el artículo 286 de la LRJS en el caso de imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal se permite la extinción de la relación laboral y el abono de la indemnización y de los salarios dejados de percibir.

En el presente supuesto a tenor de los hechos declarados probados tanto los debidamente asentados en la premisa histórica, como los impropriamente establecidos en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, resulta que la empresa demandada cerró sus instalaciones y dio de baja en la seguridad social a las actoras, lo que en principio podría suponer la intención empresarial de poner fin a la relación laboral, y que permitiría concluir que no se producirá la readmisión de las actoras, habiendo resultado negativa la citación personal de la parte demandada y siendo necesaria su cita por edictos, y si bien es cierto que se interesó por las actoras, por economía procesal, que se procediera a extinguir la relación laboral, tal manifestación la efectuaban solo para el supuesto de que se considerara que procede el abono de salarios de tramitación, por lo que debe considerarse que se trata de una solicitud condicionada y ello no está contemplado en la normativa aplicable, ya que el apartado b) del art. 110.1 de la LRJS que regula los efectos del despido improcedente, contempla que la parte actora puede efectuar la solicitud si consta que no es realizable la readmisión, se tiene por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación laboral en la propia sentencia, y en modo alguno se condiciona al percibo de los salarios de tramitación, por lo que la opción efectuada por la parte actora no puede entenderse en el sentido establecido en la norma.

Pero aún en la hipótesis, que se estimara que la solicitud de la parte demandante por la opción por la indemnización no es posible al haberse efectuado de forma condicionada, en el presente supuesto también ha existido la opción precisa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 110.1.a) de la LRJS, por cuanto en ese precepto se establece que 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, y si bien es cierto que en el presente caso el titular de la opción, la empresa, no compareció al acto del juicio donde debía efectuar la opción, no debe olvidarse lo que antes se ha relatado a propósito de lo dispuesto en el artículo 23 apartados 2 y 3 de la LRJS sobre las plenas facultades del Fondo de Garantía Salarial y por lo tanto la facultad de optar también le asiste el Fondo de Garantía Salarial en los casos en que el empresario no comparece al juicio y existen elementos de los que cabe concluir la imposibilidad de la readmisión como ocurre en este caso por las circunstancias antes descritas. Por lo que habiendo efectuado el FOGASA la opción por la indemnización debió la sentencia impugnada declarar extinguida la relación en la propia sentencia y condenar al empresario al abono de la indemnización por despido calculada hasta la fecha de la sentencia, así como al abono de los salarios de tramitación desde la fecha de efectos del despido hasta la fecha de la sentencia de instancia que debió declarar la extinción de la relación laboral. Y debe ser así, en lo relativo a los salarios de tramitación siguiendo el criterio mostrado por esta Sala al resolver el recurso de suplicación 1727/2013, que indica que "tanto el art. 56 del ET como el 110 de la LRJS, omite los efectos que tienen lugar cuando es el trabajador el que opta por la indemnización ante el cierre empresarial constatado, y el juez la acepta, por lo que entendemos que de forma analógica procede la aplicación de los arts 286 y 281 de la LRJS y entendemos que el actor tiene derecho a los salarios de tramitación desde la fecha de efectos del despido..." y en su consecuencia hasta que se extinga la relación laboral, lo que debió producirse en la fecha de la sentencia de instancia, como antes ya se ha razonado, por lo que debe revocarse la sentencia impugnada y estimarse en parte el recurso de suplicación interpuesto.

**FALLO**

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación del Abogado del Estado Sustituto en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial, frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de los de Elche, de fecha 2 de octubre de 2.013 , a que se contrae el presente rollo, la revocamos en parte y en su lugar con estimación de las demandas debemos declarar y declaramos la improcedencia de los despidos de las actoras, y debemos condenar y condenamos a la empresa Feliciano (Bar Tapas La Farola), a abonar a las actoras la indemnización correspondiente calculada hasta la fecha de la sentencia de instancia en la que se declara la extinción de la relación laboral de las actoras (2-10-2013), y al abono de los salarios de tramitación desde la fecha de efectos del despido hasta la fecha de la sentencia impugnada, siendo el importe diario de los salarios de tramitación de 41,81 euros para Doña Amparo y de 40,46 euros para Doña Enriqueta , manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente resolución.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicando que contra la misma cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse dentro del plazo de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación, mediante escrito dirigido a esta Sala, advirtiéndole que quien no tenga la condición de trabajador, no sea beneficiario del sistema público de la Seguridad Social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 600'00 € en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco Español de Crédito, cuenta **4545 0000 35 0464 14**. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en dicha cuenta, indicando la clave **66** en lugar de la clave **35** . Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

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

PUBLICACIÓN .- En el día de hoy ha sido leída la anterior sentencia por el/a Ilmo/a Sr/a Magistrado/a Ponente en audiencia pública, de lo que yo, el /a Secretario/a judicial, doy fe.