



Roj: **STSJ GAL 9287/2014 - ECLI:ES:TSJGAL:2014:9287**

Id Cendoj: **15030340012014105313**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **29/10/2014**

Nº de Recurso: **2984/2014**

Nº de Resolución: **5296/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JUAN LUIS MARTINEZ LOPEZ**

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 0000674

N08450

**TIPO Y Nº DE RECURSO:** RECURSO SUPLICACION 0002984 /2014 **(-FF-)**

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000180 /2014 JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de OURENSE

**Recurrente/s:** Fabio

**Abogado/a:** PABLO GUNTIÑAS FERNANDEZ

**Procurador/a:**

**Graduado/a Social:**

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

**Abogado/a:** ,

**Procurador/a:**

**Graduado/a Social:**

**ILMO. SR. D. JOSÉ MANUEL MARIÑO COTELO**

**ILMO. SR. D. JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ**

**ILMO. SR. D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

En A CORUÑA, a veintinueve de Octubre de dos mil catorce.

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

**EN NOMBRE 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 0002984/2014, formalizado por EL LETRADO DON PABLO GUNTIÑAS FERNANDEZ, en nombre y representación de DON Fabio , contra la sentencia número 241/2014, dictada por el XDO. DO SOCIAL N. 1 de OURENSE en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000180/2014, seguidos a instancia de DON Fabio frente a FOGASA representado por el Letrado Don Angel Paz Silva, y ADEGA DO EMILIO SL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D. Fabio presentó demanda contra FOGASA, y ADEGA DO EMILIO SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 241/2014, de fecha veinticuatro de Abril de dos mil catorce .

**SEGUNDO :** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: PRIMERO .- El actor D. Fabio vino prestando servicios para la empresa demandada ADEGA DO EMILIO S.L., con la categoría profesional de Ayudante de camarero desde el 8 de setiembre de 1998 y un salario de 1.026'33 euros incluida prorrata de pagas extras. SEGUNDO .- En fecha 16 de enero de 2014 el administrador de la empresa demandada fue encontrado muerto, estando cerrada esta desde entonces. TERCERO .- La empresa demandada no ha abonado al actor las siguientes cantidades:

-extra junio/2013 879'71

-octubre/2013 879'71

-noviembre/2013 879,71

-

-extra diciembre/2013 879,71 e

-16 días enero/2014 46917 e

-P.P. extra junio/2014 472'39 e

-P.P. navidad/2014 38'56

-P.P. vacaciones 38,41

-total 4.537,37

CUARTO.- El actor no ostenta ni ha ostentado cargo representativo de los trabajadores durante el último año.

QUINTO.- En fecha 21 de febrero de 2014 se celebró Acto de Conciliación ante el U.M.A.C., con resultado "sin efecto", presentando demandas el actor en el Decanato el 26 y 27 de febrero de 2014.

**TERCERO :** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que estimando las demandas acumuladas -autos nº 180/14 y 307/14- formuladas por D. Fabio contra la empresa ADEGA DO EMILIO S.L., debo declarar y declaro improcedente el despido del actor, declarando extinguida la relación laboral que une a las partes, condenando a la empresa a que le abone una indemnización de 22.92446 euros y 4.537'37 euros en concepto de salarios más los intereses legales moratorios.

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Fabio formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte FONDO DE GARANTIA SALARIAL.

**QUINTO :** Elevados por el Juzgado de lo Social número uno de Ourense de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha DIECIOCHO DE JUNIO DE DOS MIL CATORCE.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día VEINTICUATRO DE OCTUBRE DE DOS MIL CATORCE 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

**UNICO.-** La sentencia de instancia estima las demandas acumuladas, formuladas por el actor, declarando improcedente el despido del actor y declarando extinguida la relación laboral que une a las partes condenando



a la empresa demandada a que le abone una indemnización de 22.924,46 euros y 4.537,37 euros, en concepto de salarios más los intereses legales moratorios.

Dicha resolución es recurrida por la propia parte accionante para denunciar, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la L.R.J.S., la infracción del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 110.1 b) de la L.R.J.S. y el artículo 32.1 del mismo texto legal. Alega, en síntesis, que si el Magistrado de instancia entiende que las causas del artículo 50 no son viables, deberá concluir una sentencia estimatoria únicamente del despido, con las consecuencias del artículo 56 ET, negando la parte recurrente que sea imposible la readmisión. En todo caso -añade- nunca podría extinguirse de oficio la relación laboral por ser no realizable la readmisión, si la parte no lo solicita, por lo que debemos estar a las consecuencias generales de un despido improcedente. Por todo ello solicita que se dicte una nueva sentencia en la que se declare la extinción del contrato del actor en base al artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por dicha declaración y al abono de la indemnización fijada legalmente, así como a abonarle la cantidad de 7.737,36 euros o, subsidiariamente, la improcedencia del despido, condenando a la empresa demandada a que a su opción, sea readmitido en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes del despido o bien se le abone la indemnización que legalmente corresponda, con abono, en su caso, de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia.

Esta misma Sala en el recurso de Suplicación 2982/2014, al analizar la misma cuestión litigiosa ha declarado:

"...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". Esta norma, introducida en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social de 2011, legaliza la práctica existente con anterioridad -aunque sin apoyo legal en la vieja LPL- 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. A través de este 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.

Tal uso forense no estuvo exento de ciertos problemas aplicativos. Y, a los efectos que aquí 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 ET, o hasta la fecha de la propia sentencia, aplicando analógicamente los artículos 279 y 284 de la LPL. Sin cuestionar en ningún momento la legalidad del uso forense de que se trata, la STS de 6.10.2009, RCU 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 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.

A juicio de la Sala, la solución es otra diferente. 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 este 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 LRJS, ello no implicaba especial problema porque los salarios de tramitación se devengaban también en el caso de opción por la indemnización. Por ello -de manera expresa o de manera 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. Y ello se compadece con la STS de 6.10.2009, RCU 2832/2008 .

En segundo lugar, 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 STS de 6.10.2009, RCU 2832/2008 -. 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. 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).

Y, en tercer lugar, 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. O sea, 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 -se insiste- iría contra las finalidades y las utilidades prácticas de la norma".

En aplicación de dicha doctrina es procedente la estimación del recurso de suplicación formulado y la revocación de la resolución recurrida, en el sentido de condenar a la empresa demandada al abono de la indemnización fijada legalmente, así como a abonarle la cantidad de 7.737,36 euros de salarios de tramitación.

Por todo ello,

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación formulado por el letrado D. Pablo Guntiñas Fernández, en nombre y representación de D. Fabio , contra la sentencia de fecha veinticuatro de abril de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de Ourense , en el procedimiento 180 y 307/14, acumulados, instados por el citado demandante contra la empresa ADEGA DO EMILIO S.L., revocando la expresada resolución, en el sentido de declarar la improcedencia del despido tácito y la extinción de la relación laboral con efectos de la fecha de la sentencia de instancia, condenando a la empresa demandada a abonar al trabajador demandante una indemnización de 22.924,46 euros más la cantidad de 7.737,36 euros de salarios de tramitación, más los intereses legales correspondientes.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Jurisdicción Social. Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

- 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 \*\*\*\* ++**).



Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

**PUBLICACIÓN.**- 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 CENDOJ