



Roj: **STSJ GAL 9596/2014 - ECLI:ES:TSJGAL:2014:9596**

Id Cendoj: **15030340012014105569**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2014**

Nº de Recurso: **3002/2014**

Nº de Resolución: **5588/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **PILAR YEBRA-PIMENTEL VILAR**

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 0000671 402250

**TIPO Y Nº DE RECURSO:** RECURSO SUPPLICACION 0003002 /2014-MFV

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** DESPIDO/CESES EN GENERAL 179/2014 JDO. DE LO SOCIAL nº 1 de OURENSE

**Recurrente/s:** Trinidad

**Abogado/a:** PABLO GUNTIÑAS FERNANDEZ -CC.OO

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

**Abogado/a:** , LTDO.FOGASA/DOGA

**ILMOS/AS SRES/AS MAGISTRADOS/AS D/Dª**

ROSA Mª RODRIGUEZ RODRIGUEZ

EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA

PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

En A CORUÑA, a catorce de Noviembre 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 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 **3002/2014**, formalizado por el LETRADO D.PABLO GUNTIÑAS FERNÁNDEZ, en nombre y representación de Trinidad , contra la sentencia número 243/2014 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de OURENSE en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 179/2014, seguidos a instancia de Trinidad frente a FOGASA, ADEGA DO EMILIO SL, siendo Magistrado-Ponente la Ilma Sra Dª PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR.



De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D<sup>a</sup> Trinidad 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 243/2014, de fecha veinticuatro de Abril de dos mil catorce .

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

" 1 .- El actor D Trinidad vino prestando servicios para la empresa demandada ADEGA DO EMILIO S.L., desde el 19 de noviembre de 2013, con la categoría profesional de Camarera Ayudante y percibiendo un salario de 98433 euros incluida prorrata de pagas extras. 2 .- En fecha 16 de enero de 2014 el administrador de la empresa demandada fue encontrado muerto, estando cerrada esta desde entonces. 3 .- La empresa demandada no ha abonado al actor las siguientes cantidades:

-diciembre/2013 843'71

-extra diciembre/2013 9940

-16 días enero/2014 44997

-P.P. diciembre/2014 3698

-P.P. extra junio/2014 134'06

-p.p. vacaciones 36'84

-total 1.600'96

4.- El actor no ostenta ni ha ostentado cargo representativo de los trabajadores durante el último año. 5 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:

FALLO: "Que estimando las demandas acumuladas -autos nº 179/14 y 229/14- formuladas por D Trinidad contra la empresa ADEGA DO EMILIO S.L., debo declarar y declaro improcedente el despido de la actora, declarando extinguida la relación laboral existente entre las partes, condenando a la empresa a que le abone una indemnización de 18046 euros y 1.60096 euros en concepto de salarios más los intereses legales moratorios".

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Trinidad formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social Ourense-1 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 18/06/2014.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 14/11/2014 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

**ÚNICO .-** La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y declara la improcedencia del despido de la actora D<sup>a</sup> Trinidad llevado a cabo el 16-1-2014 declarando extinguida la relación laboral que une a las partes, condenando a la empresa demandada a que abone a la actora una indemnización de 180,46 euros, así como la cantidad de 1600,96 euros en concepto de salarios más los intereses moratorios.

Frente a este pronunciamiento se alza la parte actora, que interpone recurso de suplicación e interesa la revocación parcial de la sentencia y que se dicte otra por la que se declare la extinción del contrato de la actora en base al artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, condenado a la empresa demandada a estar y pasar por dicha declaración y al abono de la indemnización fijada legalmente, así como abonarle la cantidad de 4.999,06 euros o, subsidiariamente, la improcedencia del despido de la actora, condenando a la empresa demandada a que a su opción, sea readmitida en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes del despido o bien se le abone la indemnización que corresponda, con abono, en su caso, de los salarios dejados de percibir dese la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia.



El trabajador demandante, con la pretensión de que la condena de la empresa demandada efectuada en la sentencia de instancia no excluya los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido tácito hasta la notificación de la sentencia de instancia, bien por la vía principal de estimar la acción acumulada de resolución de contrato con efectos resolutorios a la fecha de la sentencia, bien por la vía subsidiaria de estimar la acción acumulada de impugnación de despido sin tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, y, en concreto, se denuncia la infracción del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 110.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y en relación el artículo 32.1 de la misma Ley reguladora, argumentando, en aras a la pretensión a que se hizo referencia y al amparo de la expuesta denuncia jurídica, que el artículo 110.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social exige, para su aplicación, la instancia de parte, y ello no ha acaecido porque, al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, lo que siempre se solicitó ha sido la extinción de la relación laboral al momento del dictado de sentencia resolutoria de esa relación, no al momento del despido.

Opuesto a la expuesta denuncia jurídica, el Fondo de Garantía Salarial, ahora recurrido, solicita, en su impugnación del recurso de suplicación, su desestimación total y la confirmación íntegra de la sentencia de instancia, argumentando, que no es posible la readmisión, lo que habilita la aplicación del artículo 110.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, y, tras la desaparición de los salarios de tramitación en el caso de opción por la indemnización en los despidos declarados improcedentes, la opción por la indemnización que esa norma posibilita trae consigo la imposibilidad de condena a salarios de tramitación desde la fecha del despido.

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.

Si todo ello es así, la sentencia de instancia, al aplicar el artículo 110.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , ha infringido esa norma cuando no realizó condena de salarios de tramitación, y la aplicación correcta de esta norma conduciría a la siguiente solución en términos de cantidades objeto de condena (indemnización de 180,46 euros + salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia de instancia +intereses legales). En todo caso, es acogible únicamente la pretensión subsidiaria, pues la pretensión principal de que se declare extinguido el contrato por aplicación del art 50.1 b), estima la sala, al igual que el juzgador de instancia, que no concurre, pues no se estima la existencia de un incumplimiento contractual susceptible de ser incardinado como justa causa de rescisión en el mencionado precepto, pues en el momento del despido únicamente le adeuda ala empresa a la trabajadora una mensualidad, la parte proporcional de una extra y 16 días de enero, si consideramos que el artículo 110.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social no es aplicable de oficio -en cuanto su aplicación se supedita a la "solicitud de la parte demandante"-, y, al no aplicarse de oficio, quedaría expedita la vía para aplicar con sus propios efectos y procede en consecuencia, de conformidad con lo expuesto, estimar la pretensión subsidiaria y manteniendo la improcedencia del despido de la actora, procede condenar a la empresa demandada a que a su opción, sea readmitida a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o bien se le abone la indemnización que legalmente corresponda y que asciende a la cantidad indiscutida de 180,46 euros y en su caso los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia.

## FALLAMOS

Estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por Don Pablo Guntiñas Fernández contra la Sentencia de 24 de abril de 2014 del Juzgado de lo Social número 1 de Ourense , dictada en juicio seguido a instancia del recurrente contra la Entidad Mercantil Adegado Emilio Sociedad Limitada, con intervención del Fondo de Garantía Salarial, la Sala la revoca en parte y, con estimación de la demanda de despido , declaramos la improcedencia del despido tácito, y, en consecuencia, condenamos a la empresa demandada a abonar al trabajador demandante una indemnización de 180,46 euros y en su caso el abono de los salarios



dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia., confirmando los restantes pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta 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.

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.