



Roj: **STSJ AND 5490/2015 - ECLI: ES:TSJAND:2015:5490**

Id Cendoj: **41091340012015101557**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **09/07/2015**

Nº de Recurso: **1773/2014**

Nº de Resolución: **1969/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN PEREZ SIBON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO Nº 1773/14 SENTENCIA Nº 1969/2015

Recurso Nº 1773/14 (JM)

Ilma. Sra.:

Dª. María Begoña Rodríguez Álvarez, Presidenta acctal. de la Sala

Ilmos. Sres.:

D. Luis Lozano Moreno

Dª Carmen Pérez Sibón, ponente

En Sevilla, a nueve de julio de 2015.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NUM. 1969/2015

En el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal del Fondo de Garantía Salarial, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de Sevilla, Autos nº 81/13; ha sido Ponente la Ilma. Sra. Dª. Carmen Pérez Sibón, Magistrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Según consta en autos, se presentó demanda por Dª. Rosalia , contra Kinium Fir S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 14/02/14, por el Juzgado de referencia, en la que se estima la demanda.

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

"1) Dña. Rosalia ha venido prestando sus servicios con la categoría profesional de planchadora, percibiendo por ello un salario diario a efectos de despido de 29,38 euros, figurando de alta en Seguridad Social, desde el día 19 de enero de 2006 hasta el día 31 de diciembre de 2011 en Tintorería Santaella S.L.. Desde el día 27 de enero de 2012 al 31 de julio de 2012 en Mefasa Kim S.L. y en Kinium Fir S.L. desde el día 1 de agosto de 2012.

2) Con fecha 21 de noviembre de 2012, se entrega carta de despido por causas objetivas de naturaleza económica, con fecha de efectos de 6 de diciembre de 2012.

La comunicación obra al folio 6 y se da por reproducida.

3) La empresa Kinium Fir S.L. está dada de baja en Seguridad Social en fecha 17 de octubre de 2013



4) Con fecha 20 de diciembre de 2012, se presentó la correspondiente solicitud de conciliación, que se tuvo por intentada sin efecto con fecha 10 de enero de 2013. La presente demanda se interpuso el día 21 de enero de 2013."

TERCERO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : La sentencia dictada en la instancia ha declarado la improcedencia del despido de la actora, declarando extinguida la relación laboral con fecha de la sentencia (14-2-2014), habida cuenta la inactividad de la empresa, y condenando a la empresa demandada al pago al trabajador de una indemnización y de los salarios de tramitación hasta la referida fecha.

Frente a la indicada Resolución judicial se alza en suplicación el Fondo de Garantía Salarial, articulando su recurso en un único motivo, que formula con amparo procesal en el párrafo c) del art. 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , y en el que denuncia la infracción del art 110.1 a) y b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , en relación con los arts. 23.3 de la misma norma y 56 del Estatuto de los Trabajadores .

SEGUNDO : El art. 110.1 b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social establece: " *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* ".

Sostiene el recurrente que tal petición de la opción por la indemnización en lugar de la readmisión (en los casos en que ésta sea imposible), prevista en el precepto únicamente para el trabajador, puede así mismo ser solicitada por el Fondo de Garantía Salarial, en aplicación del número 1 a) del mismo artículo 110, el cual dispone: " *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, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 111 y 112* ".

Se funda el recurrente en las funciones y posición procesal y material que le otorga el art. 23.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , norma que establece: " *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* ".

La sentencia de esta Sala de 27-1-2004 señaló: " *Como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2.002 , el Fondo de Garantía Salarial "es un peculiar ente asegurador que se nutre de determinadas cuotas y, a cambio, asume, dentro de ciertos límites, el riesgo del pago a los trabajadores de salarios e indemnizaciones que no pudieron hacerse efectivas por el empleador por su carencia patrimonial. Cumple este organismo las exigencias de protección establecidas en la directiva comunitaria 1.980/1.987 de 20 de octubre, modificada por la Directiva 1.987/164 de 11 de marzo, que lo concibe como institución de garantía o instrumento de protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario, como lo denomina el Convenio 173 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por España el 28 de abril de 1.995). Son pues características de la institución las siguientes: a) es un ente asegurador de unas determinadas contingencias; b) la protección que dispensa es obligatoria; c) se nutre de las cotizaciones de empresarios que se hacen efectivas junto con las cuotas de Seguridad Social; d) su naturaleza es pública (organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo)*».

"*En atención a ese carácter de asegurador público, el Fondo de Garantía Salarial es parte, por prescripción legal, en los procesos incoados en los casos previstos en el art. 23.2 de la Ley de Procedimiento Laboral . Dicho precepto ordena al Juez citar lo como tal a fin de «pueda asumir sus obligaciones legales o instar lo que convenga en derecho», por ello "su presencia en el proceso obedece a la especial situación en que se encuentra como responsable legal subsidiario del empresario y a su inequívoco interés directo y relevante en el resultado que se produzca, que puede llegar a convertirse en un hecho constitutivo, modificativo o extintivo de su propia relación jurídica. Su posición es, por tanto, la propia de una intervención adhesiva (así lo ha declarado esta Sala en sentencia de 22 de abril de 2.002), aunque no voluntaria, sino provocada. En todo caso, el debate doctrinal sobre la posición de parte en el proceso del interviniente adhesivo, ha sido cerrado por el art. 13.3 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil , al ordenar que «el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos»* ".



Aun partiendo de la aceptación del Fondo de Garantía Salarial como posible legitimado para la petición de la referida opción, las posiciones de las sentencia y de las partes deben ser expuestas para mayor claridad.

El juzgador "a quo" ha declarado extinguida la relación laboral en la fecha de la sentencia (14-2-2014); el demandante lo solicitó en el mismo sentido, y el Fondo de Garantía Salarial ha fijado tal momento en la fecha del despido (6-12-2012), en relación con los salarios de tramitación, y en la fecha de la sentencia en relación con la indemnización. En efecto, el Organismo recurrente alega que los salarios de tramitación no pueden devengarse, toda vez que extinguida la relación laboral en el ya referido momento del despido, y ello sin perjuicio de calcular la indemnización computando todo el periodo de servicios prestados hasta la fecha de la sentencia.

La sentencia del Tribunal Supremo de 6-10-2009 declaró: " *Dispone el citado art. 284 LPL que "... cuando se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la Empresa obligada, el Juez dictará auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir que señala el apartado 2 del artículo 279 "*, y en dicho art. 279.2 LPL se establece que " *...el Juez dictará auto en el que ...: a) Declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución; b) Acordará se abone al trabajador la indemnización a la que se refiere el apartado uno del artículo 110 de esta Ley . En atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá fijar una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades. En ambos casos, se prorratearán los períodos de tiempo inferiores a un año y se computará, como tiempo de servicios, el transcurrido hasta la fecha del auto; c) Condenará al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la de la mencionada solución"*.

4.- De dichos preceptos, como pone de evidencia el Ministerio Fiscal, cabe entender que en el supuesto, no regulado expresamente en el art. 56 ET (RCL 1995, 997) entre las opciones de contenido de la sentencia en la que se declare improcedente un despido, de que, por cese o cierre de la empresa y consecuente imposibilidad de readmitir, se decretara directamente en la propia sentencia en la que se declara la improcedencia del despido la extinción de la relación laboral existente entre las partes con posible fundamento analógico en el art. 284 LPL (RCL 1995, 1144, 1563), el cómputo del tiempo de servicios a efectos de fijar el importe indemnizatorio debe abarcar desde el inicio relación laboral hasta la fecha de la sentencia en que se declara extinguida la relación laboral; y, derivadamente, la condena al abono de salarios de tramitación debe limitarse a los del periodo comprendido desde la fecha despido hasta la fecha de extinción de la relación laboral y no deben extenderse, en posible aplicación del art. 56.1.b) ET , hasta la fecha de la notificación de la sentencia que declarara la improcedencia del despido, dado que en dicha fecha ulterior ya está extinguida la relación laboral.

5.- La solución adoptada en la sentencia recurrida en cuanto a la indemnización, limitando el periodo computable como tiempo de servicios al comprendido entre la fecha de inicio de la relación laboral y la fecha del despido, que sería la aplicable cuando la empresa pudiera hacer uso del derecho de opción ex art. 56.1 ET entre readmisión del trabajador o extinción contractual indemnizada, no resulta la decisión coherente cuando se decreta en la propia sentencia la imposibilidad de readmitir. Resultaría que la consecuencia, cuando tal imposibilidad se declarara o se acreditara posteriormente, sería la contemplada en el art. 284 en relación con el art. 279.2 ambos de la LPL , en el que se dispone expresamente que " se computará, como tiempo de servicios, el transcurrido hasta la fecha del auto " en el que se extingue la relación laboral, y además la condena de salarios de tramitación se ampliaría desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la de la mencionada resolución en que se efectúa la extinción contractual. Por ello, la solución judicial de adelantar la extinción contractual y efectuarla en la propia sentencia que declara la improcedencia del despido en los supuestos de acreditada imposibilidad de readmisión favorece al empresario, en cuanto reduce la cuantía indemnizatoria y los salarios de tramitación al no tenerse que esperar al momento de dictarse el auto resolutorio del incidente de no readmisión para la extinción y fijación de tales cuantías indemnizatorias superiores, por lo que no tendría sentido efectuar una interpretación limitativa de la determinación del tiempo de servicios hasta la fecha del despido en estos casos de extinción acordada en sentencia que aumentara el posible perjuicio económico al trabajador, aplicando analógicamente una norma para posibilitar adelantar la extinción contractual pero sin aplicar analógicamente las consecuencias derivadas de la no readmisión por imposibilidad debida al cierre o cese de la actividad empresarial ".

Los argumentos del Alto Tribunal son también aplicables tras el cambio legislativo producido por la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, que contiene un precepto análogo, el art. 101 b) LRJS , y por ello no puede aceptarse que el referido artículo deba ser interpretado en el sentido de que a efectos de cálculo del a indemnización se tenga en cuenta como fecha de extinción de la relación laboral la de la sentencia y para los salarios de tramitación la fecha del despido, cuando por otra parte, ni siquiera se conoce si en esa fecha la empresa carecía ya de actividad (elemento fáctico no acreditado en el que se basa el recurrente), teniéndose constancia únicamente de que un año después fue dada de baja en el sistema de Seguridad Social.



Cierto que la Ley reguladora de la Jurisdicción Social no prevé el pago de salarios de tramitación cuando se opta por la indemnización en los casos de improcedencia del despido, pero ello se produce en supuestos en los que la extinción no coincide con la fecha de la sentencia sino con la del despido, lo que no se produce cuando la opción por la extinción no proviene de la empresa sino de la facultad que concede el art. 101 b) del Texto Procesal al trabajador.

Son argumentos que avalan esta interpretación los que a continuación pasamos a expresar. Ha de tenerse en cuenta que lo que el precepto regula es, en puridad, una anticipación de la extinción de la relación laboral en fase de ejecución, que se encuentra regulada en el Art. 286.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, precepto que dispone: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, cuando se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal, el juez dictará auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir que señala el apartado 2 del artículo 28]".

Partiendo de esta premisa, un argumento analógico permite considerar que los salarios de tramitación se abonan en ejecución hasta la Resolución que declara la extinción de la relación laboral, también se paguen en el supuesto en que tal extinción se anticipa ex Art. 110.1 b) LRJS. Por otra parte, si esperando a la ejecución de la sentencia el trabajador obtiene salarios de tramitación hasta el auto que declara la extinción, es absurdo pensar que aquel va a hacer uso de la facultad que le otorga el Art. 210.1 a) LRJS de anticipar ese momento, si por esta vía no va a obtener los referidos salarios. El precepto no tendría entonces virtualidad alguna.

Por lo expuesto, el recurso debe ser desestimado, previa confirmación de la sentencia impugnada.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR** y **DESESTIMAMOS** el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal del Fondo de Garantía Salarial contra la sentencia de fecha 14/02/14, dictada por el juzgado de lo social nº 11 de Sevilla, Autos nº 81/13, seguidos a instancia de D^a. Rosalía, contra Kinium Fir S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, y, en consecuencia, **CONFIRMAMOS** la Resolución impugnada.

No se efectúa condena en costas.

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".

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.

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.- Sevilla a nueve de julio de 2015

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ