



Roj: **STSJ GAL 8967/2015 - ECLI:ES:TSJGAL:2015:8967**

Id Cendoj: **15030340012015106077**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **11/11/2015**

Nº de Recurso: **3595/2015**

Nº de Resolución: **6067/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **MARIA ANTONIA REY EIBE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 8967/2015,**
STS 3195/2017

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15078 44 4 2014 0002826 402250 **SECRETARÍA:** SRA. FREIRE CORZO

RSU RECURSO SUPLICACION 0003595 /2015BB

Procedimiento origen: DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 0000967 /2014

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña FOGASA

ABOGADO/A: ABOGACÍA DEL ESTADO FOGASA, A CORUÑA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: ADMON CONCURSAL PESCADOS JUAN FERNANDEZ (Rodrigo), Manuela , PESCADOS JUAN FERNANDEZ SLU

ABOGADO/A: , GIL ALFONSO LOPEZ PEREZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO. SR. D. MANUEL DOMÍNGUEZ LÓPEZ

ILMA. SRA. D^a. M^a ANTONIA REY EIBE

ILMA. SRA. D^a ISABEL OLMOS PARES

En A CORUÑA, a once de Noviembre de dos mil quince.

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

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION **3595/2015**, formalizado por el/la D/Dª LETRADO HABILITADO DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO, en nombre y representación de FOGASA, contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL 967/2014, seguidos a instancia de Manuela frente a FOGASA, ADMON CONCURSAL PESCADOS JUAN FERNANDEZ (Rodrigo), PESCADOS JUAN FERNANDEZ SLU, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª Mª ANTONIA REY EIBE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Dª Manuela presentó demanda contra FOGASA, ADMON CONCURSAL PESCADOS JUAN FERNANDEZ (Rodrigo), PESCADOS JUAN FERNANDEZ SLU, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha veintiocho de Mayo de dos mil quince .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "Primero.- La demandante Dª Manuela , prestaba servicios en la empresa demandada desde el día 07.08.2007, con la categoría profesional de empacadora y percibiendo un salario bruto mensual de 1.053,69 C incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias. Segundo.- La trabajadora no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa ni representante sindical. Tercero.- Les resulta de aplicación a las partes el Convenio Colectivo del Sector de Conservas. Cuarto.- La demandante recibió el 2 de agosto de 2014 de PESCADOS JUAN FERNANDEZ S.L. carta de despido de fecha 2 de agosto de 2014 -cuyo contenido se da por reproducido íntegramente al constar unida a los autos- con fecha de efectos del despido el mismo día 02/08/2014, alegando la empresa la concurrencia de causal económicas para extinguir la relación laboral. Asimismo se le comunicaba a la demandante que no resultando posible otorgar preaviso de 15 días, sin perjuicio de la obligación de abono de los salarios correspondientes al citado periodo de preaviso le correspondía una indemnización de 3.988,25 euros, indicándole que le sería abonada en cuanto la liquidez de la empresa lo permitiese, y que se ponía a su disposición en las oficinas de la empresa la liquidación y finiquito. Quinto.- La mercantil demandada no le entregó a la demandante de forma simultánea a la entrega de la carta de despido la indemnización correspondiente al mismo, ni tampoco en la fecha de efectividad del despido, ni en un momento posterior. Sexto.- No constan acreditados datos contables de la empresa ni la liquidez de la misma a fecha del despido. No consta el número de trabajadores existentes en la empresa al tiempo de la efectividad del despido, ni el número total de trabajadores despedidos, ni la causa o motivo del cese (solo se aportan cartas de despido de otros tres compañeros, desconociendo el número de trabajadores existentes en la empresa). Séptimo.- A pesar de que la entidad demandada se encuentra de alta con un único trabajador, a día de hoy la empresa demandada se encuentra cerrada y no tiene actividad. Octavo.- La entidad demanda fue declarada en situación de concurso voluntario de acreedores, por auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, de fecha 12 de enero de 2015 , siendo nombrado administrador concursal D Rodrigo . Noveno.- La actora instó acto de conciliación ante el SMAC, que se celebró el 22/08/2014, en virtud de papeleta de conciliación presentada el 07/08/2014 y que finalizó con el resultado de sin efecto."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "1º.- Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta a a instancia de D Da Manuela , representada por el Letrado Sr. Alfonso Lopez, contra PESCADOS JUAN FERNANDEZ S.L. (en situación de concurso de acreedores, siendo el administrador concursal D Rodrigo) y FOGASA sobre despido objetivo individual, declaro la improcedencia del despido efectuado par la demandada extinguendo la relación laboral a fecha de la sentencia, condenando a la demanda al abono de la indemnización detallada en el número segundo de este fallo (al no ser posible la readmisión par cese de actividad de la empresa).

2º.- La indemnización según lo dispuesto en el número anterior, sería de 10.954,9 C.

3º.- Condeno a la empresa demanda a que abone a la trabajadora los salarios de tramitación desde la fecha del despido a la fecha de la extinción de la relación laboral en el día de hoy a razón de 34,64 €/día, lo que da la cantidad de 10.392,56 euros.



4º.- Debo absolver y absuelvo al FOGASA sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria en los casos previstos en el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores ."

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

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social 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 4 de agosto de 2015.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 10 de noviembre de 2015 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

PRIMERO .- Frente a la sentencia de instancia que declara la improcedencia del despido y extingue la relación laboral a la fecha de la sentencia, condenando a la demandada a que abone a la actora la suma de 10.954 Euros en concepto de indemnización más los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido a la extinción de la relación laboral, con absolución del FOGASA sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponda en los casos del art 33 del ET , recurre en suplicación la representación del FOGASA denunciando un único motivo, en sede jurídica, y con amparo procesal en el art 193,c, de la LRJS infracción por aplicación indebida del art 33 y 56,1 del ET y art 26,3 y 110,1,b) e la LRJS y de la jurisprudencia que cita en el recurso, al considerar que de conformidad con la redacción actual del art 56,1 del ET sólo procederá el reconocimiento de los salarios de tramitación en los supuestos de opción por la readmisión del trabajador,

SEGUNDO .- La censura jurídica que se denuncia no se admite, pues de conformidad con la denuncia formulada en el escrito de recurso es necesario traer a colación las sentencias de esta sala TSJ Galicia 22-10-14, 29-10-14 y 18-11-14 . Señala la primera que. "según el artículo 110.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (RCL 2011, 1845) , "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 (RCL 1995, 1144 y 1563) - 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 (RCL 1995, 997), 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 (RJ 2009, 5660), RCUUD 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 (RCL 2011, 1845), se ha modificado -en 2012- el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) 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 ,

A así pues, hay que tener en cuenta 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 (RCL 2011, 1845), 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.

En segundo lugar, a esa misma conclusión conduce la interpretación sistemática del artículo 110.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (RCL 2011, 1845) 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 (RCL 1995, 997), 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 (RCL 2011, 1845), 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 consecuencia ha de desestimarse el recurso en cuanto a que procede la condena de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la sentencia de instancia, que declara la extinción de la relación laboral y que al no haber sido la cuantía controvertida asciende a la suma de 10.392,56 Euros.

Por todo lo expuesto:

FALLAMOS

Que **Desestimando** el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación del FOGASA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Dos de Santiago de Compostela de fecha 28 de mayo de 2015, debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

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 37 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 37 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 37 **** ++**).



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