En Bilbao, a 9 de febrero de 2021.

Vistos por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a-Juez del Juzgado de lo Social n.º 5
D./D.^a los presentes autos número seguidos a
instancia de contra FOGASA y
sobre DESPIDO.

EN NOMBRE DEL REY
ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A N.º

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 21 de agosto de 2020 tuvo entrada demanda formulada por
contra FOGASA y y
admitida a trámite se citó de comparecencia a las partes asistiendo todas salvo FOGASA, y
abierto el acto de juicio por S. S. las comparecidas manifestaron cuantas alegaciones creyeron
pertinentes en defensa de sus derechos practicándose seguidamente las pruebas que fueron
admitidas según queda constancia en el acta correspondiente, y finalmente manifestaron por su
orden sus conclusiones.

En la tramitación de este proceso se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La demandante, D^a con
DNI n.º ha venido prestando servicios por cuenta y órdenes de la empresa
con antigüedad de 14/10/1997, categoría profesional de dependienta
y salario mensual de 1.964,14 euros con inclusión de parte proporcional de pagas extra.

SEGUNDO.- Mediante escrito fechado a 15/07/2020 y entregado a la trabajadora el
29/07/2020 la empleadora comunicó a la primera lo siguiente:

“Muy Sra. Mía:

El motivo de la presente es para comunicarle que habiendo sido resuelta mi solicitud de
jubilación, de acuerdo con los requisitos exigidos por la legislación vigente, y dado que no va a
existir continuidad en la explotación del negocio, cesando totalmente en la actividad, con efectos
del 31 de julio de 2.020 se extinguirá su contrato de trabajo, de acuerdo con lo establecido en el
art. 49.1g) del Estatuto de los Trabajadores.

A su vez, se hace entrega, en este acto, de la liquidación, saldo y finiquito que legalmente le corresponde, así como la indemnización correspondiente a un mes de salario.

TERCERO.- La empleadora se dedicaba al comercio al por menor de ropa, disponiendo de dos tiendas en la localidad de Bilbao, en la Calle _____ y en la Calle _____ que giraban bajo la denominación comercial '_____' El local donde desarrollaba la actividad la demandada sito en C/ _____ arrendado, rescindiéndose el 31/05/2020 el contrato suscrito el 1/01/2015, entregándose en ese momento las llaves del local y recuperando la posesión la parte arrendadora (documentos 26 a 28 de la demandada). La demandada compro un cartel de liquidación por cierre con factura de 14/05/2020 y comunicó a la Dirección de Comercio, Turismo y Consumo del Gobierno Vasco el 3/06/2020 la venta en liquidación para el local sito en C/ _____ de Bilbao con inicio el 15/06/2020 y fecha de finalización el 15/08/2020 (documento 31 de la demandada)

CUARTO.- D^a _____ efectuó solicitud de jubilación ante la Seguridad Social el 30/06/2020, aprobándose por Resolución del INSS de fecha de salida 4/08/2020 aprobar con fecha 7/07/2020 la prestación de jubilación interesada (documentos 23 y 24 de la demandada) con efectos al 1/08/2020, comenzando a percibir la pensión el 25/08/2020 (documento 25 de la demandada).

QUINTO.- La empleadora presentó solicitud de ERE de suspensión de relación laboral de sus cuatro trabajadoras por causa de fuerza mayor con fecha inicio 16/03/2020, la cual tuvo entrada en el Departamento de Trabajo y Justicia del Gobierno Vasco el 23/03/2020 certificándose su estimación por silencio administrativo (documentos 34 y 35 de la demandada) y la constatación de fuerza mayor por Resolución de 14/04/2020 (documento 4 de la demandante). La demandada comunicó a la Autoridad Laboral el 18/07/2020 que la empresa cesaba en su actividad por jubilación del empresario con fecha 31/07/2020 así como las trabajadoras afectadas, siendo cuatro, respecto de las cuales se había efectuado su baja el 31/07/2020 (documento 36 de la demandada) Con fecha de efectos de 3 de julio de 2013 el INSS dictó resolución administrativa reconociendo a favor del demandado pensión de jubilación, con una base reguladora mensual de 1.579,96 euros y un porcentaje del 86,8750 por ciento.

SEXTO.- La demandante Sra. _____ estuvo afectada por el ERTE de suspensión entre el 16/03/2020 y el 11/05/2020 y por ERTE de reducción de jornada del 50% entre el 12/05/2020 y el 30/07/2020 (documento 5 de la actora).

SÉPTIMO.- Se da por reproducido el Informe de Vida Laboral de la trabajadora por esta aportado con el número 6.

OCTAVO.- La actora no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores.

NOVENO.- Se ha intentado la conciliación previa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ha de destacar que la relación de hechos probados se infiere de la prueba documental y testifical, practicadas en el acto del juicio y valoradas conforme a las reglas de la sana crítica (art.97.2 LRJS).

SEGUNDO.- Pacífica la existencia de la relación laboral de la demandante para con la demandada, como sus circunstancias salvo en lo concerniente al salario, el cual resulta del documento 5 aportado por la demandada, que efectúa unos cálculos que resultan conformes y adecuados y que distan 25 céntimos por debajo del instado por al demandante, cuyos cálculos no ha aportado, la demandante se oponía a la aplicabilidad del artículo 49.1.g) ET por considerar que no era posible su utilización tras haber instado un expediente de regulación del empleo por causa de fuerza mayor determinante de la necesidad de mantener el empleo durante 6 meses, de acuerdo con el artículo 22 del RD Ley 8/2020 y su Disposición Adicional Sexta. En efecto, conforme al señalado artículo 22, de Salvaguarda del empleo.” expresaba que “las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad” y su disposición final tercera: “Este real decreto-ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», manteniendo su vigencia durante el estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020 y sus posibles prórrogas.”

Finalmente, el RD Ley 18/2020 en su Disposición Final Primera recogía: “Tres. La disposición adicional sexta queda redactada como sigue: «Disposición adicional sexta. Salvaguarda del empleo. Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el artículo 22 del presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla. 2. Este compromiso se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes. No se considerará incumplido dicho compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo. En particular, en el caso de contratos temporales el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación...”

TERCERO.- Pues bien, elevada consulta a la Dirección General de Trabajo, contestó el 29/04/2020 que “En cuanto al alcance que la jubilación del empresario puede tener en la obligación de mantenimiento del empleo a partir de los seis meses siguientes a la reanudación de su actividad”, entendiéndose que las únicas excepciones a la obligación están referidas a condiciones que no dependen de la voluntad del empresario y la jubilación del empresario “... no sólo depende de su voluntad, sino que además, es conocida” por lo que en caso de extinción por dicha causa debería entenderse incumplido el compromiso.

Pues bien, fijados las normativa aplicable y los antecedentes del caso, lo cierto es que, a juicio de esta Juzgadora, la normativa analizada recaída como consecuencia de la declaración del Estado de Alarma y las consecuencias derivadas sobre la actividad empresarial provocadas por la pandemia de COVID 19, lo cierto es que no avalaban el cese de la trabajadora acogida la empresaria a un ERTE de fuerza mayor instado y aceptado bajo la vigencia del RD Ley 8/2020. Esto es así porque, si bien la cláusula de su Disposición Adicional Sexta, a juicio de esta Juzgadora, no admite duda, aquella desaparecerían, en caso de producirse, con la modificación producida por el RD Ley 18/2020 que, recogiendo las causas en virtud de las cuales no se entiende incumplida tal cláusula, incluye de manera concreta aquellas, previendo entre otras la “muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora” pero no del empresario. Lo anterior es así, además, por cuanto que, al tiempo de acogerse al ERTE de suspensión, la empleadora conocía que no podría cumplir con la cláusula de la Disposición Adicional Sexta, o bien que, en cumplimiento de aquella, debería extender su actividad laboral seis meses tras la desafectación de u trabajador, no resultando admisible basarse en una norma que recoge consecuencias beneficiosas para empresario y trabajador pero de manera parcial, debiendo la misma ser observada en su integridad.

Por lo demás, además, resulta que no se ha acreditado que la demandada conociera o comunicara sus intenciones de jubilación previamente a la situación generada por le COVID 19, no pudiendo admitirse las testificales encubiertas en los documentos firmados por dos supuestos proveedores del local (documento 33 de la demandada), como tampoco venir avalada por la sola testifical de D. [redacted] asesor de la empresa desde hace más de 40 años y es que, si bien el mismo manifestaba que la empresaria no cumplía el período de carencia de 65 años y 10 meses hasta el 31 de julio de 2.020, ni se ha acreditado la edad de la empresaria, ni el requisito señalado ni aún que, concurriendo, efectivamente, la pretensión fuera poner fin a la actividad a 31/07/2020. Lo anterior, finalmente, viene igualmente reforzado por la circunstancia de luqe el alquiler del local de 1/01/2015 sito en C/ [redacted] le Bilbao se suscribió por D. [redacted] y no por D^a [redacted] que, en el Informe de Vida Laboral de la trabajadora, consta de alta para [redacted] entre el 14/10/1997 y el 31/07/2019 y, a partir del 1/08/2019 para “ [redacted] siendo así que la empresaria asumió a la trabajadora o en su caso el negocio cuando supuestamente y según el testigo comparecido pretendía acceder a la jubilación.

En definitiva, de las circunstancias concurrentes se ha incumplido el compromiso o cláusula de salvaguarda del empleo, lo que determina que deba declararse la improcedencia del cese operado.

CUARTO.- En cuanto a las consecuencias del despido cuya improcedencia se ha declarado, la demandad manifestaba corresponderle la opción entre la readmisión o extinción con abono de indemnización, mientras que la parte actora manifestaba que, ante el cese en la actividad, la opción le correspondía a ella opción por la extinción con abono de indemnización a fecha de la Sentencia y salarios.

El artículo 110 LRJS expone cómo :Efectos del despido improcedente 1. Si el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del

Estatuto de los Trabajadores o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización, cuya cuantía se fijará de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 56 de dicha Ley, con las siguientes particularidades:

a) 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.

b) 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.”

Lo anterior determina que, aún cuando resulte cierto que la empresaria ha cesado en la actividad, no por ello deja de operar el párrafo primero del señalado artículo correspondiendo a la misma la opción entre la readmisión o indemnización, no resultando lógico que, comparecida la empresa, se sustrajera a esta la posibilidad de efectuar la misma cuando, en definitiva, el resultado en cuanto a la opción por la extinción sería la misma si bien con importantes diferencias en su importe.

Sentado todo lo anterior, procede la condena de la empleadora, a que en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión de la trabajadora, o el abono de una indemnización de 46.493,62 euros, de la que debe descontarse la indemnización ya abonada a la trabajadora de 1.581,19 euros, y en caso de optar la mercantil por la readmisión, a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 31 de julio de 2.020, hasta la notificación de esta sentencia a razón de 64,57 euros/ día.

QUINTO.- Frente a esta sentencia cabe recurso de suplicación de conformidad con el artículo 191 LRJS.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLO

Que debo estimar la demanda formulada por D^a [redacted] frente a la empresa [redacted] y FOGASA en materia de despido, y debo declarar y declaro la improcedencia de la decisión empresarial de extinción de la relación laboral operada por la empresa con efectos al 31/07/2020 y en su consecuencia debo condenar y condeno a la empresa [redacted] a que en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión de la trabajadora o el abono de la indemnización de 46.493,62 euros, de la que debe descontarse la indemnización ya abonada a la trabajadora de 1.581,19 euros, y en caso de optar la mercantil por la readmisión, a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 31 de julio de 2.020, hasta la notificación de esta sentencia a razón de 64,57 euros/ día.

Notifíquese a las partes.