



Roj: **STS 1615/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1615**

Id Cendoj: **28079140012019100305**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/04/2019**

Nº de Recurso: **4064/2017**

Nº de Resolución: **292/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **FERNANDO SALINAS MOLINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 3033/2017,**  
**STS 1615/2019**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4064/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 292/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 4 de abril de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), representado y asistido por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación nº 1665/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de mayo de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, en autos nº 17/2017, seguidos a instancia de D. José contra Gloss Lounge S.L. y contra el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA).

Ha comparecido en concepto de recurrido D. José, representado y asistido por la letrada Doña Mairer Katti Aguirre Lizarraga.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 12 de mayo de 2017, el Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda formulada por D. José frente a GLOSS LOUNGE S.L., debo declarar y declaro el despido causado al demandante como improcedente y en su



consecuencia, resolviendo el contrato de trabajo, debo condenar y condeno a la empresa GLOSS LOUNGE S.L., al abono de la indemnización al demandante en la suma de 2.609,11 euros y los salarios de tramitación por un importe de 8.650,55 euros.

Por último procede absolver al FGS, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria que proceda en ejecución de sentencia".

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: "1º.- El demandante D. José , ha venido prestando servicios para la empresa GLOSS LOUNGE S.L., con una antigüedad de 4/12/2015, categoría profesional de camarero, y salario de 1,697,66 euros diarios con p/p de pagas extras.

2º.- El demandante en la única persona que prestaba servicios en el turno de tarde del establecimiento hostelero, sirviendo las consumiciones, atendía la terraza, cobraba las consumiciones y cerraba el bar.

La jornada lo era a tiempo completo.

3º.- Trabajador y demandada suscribieron contrato de trabajo con fecha 4/12/2015 extinguiéndose en fecha 6/06/2016, de nuevo se suscribió contrato de trabajo con fecha 26/08/2016.

No obstante, lo anterior el demandante ha venido prestando servicios. sin solución de continuidad desde el 4/12/2015.

4º.- El demandante causó baja médica con fecha 27/09/2016 y causando alta médica con fecha 7/12/2016.

5º.- El demandante fue notificado por la TGSS, con fecha 9/12/2016 la baja en la empresa efectuada por la demandada y con fecha de efectos 29/11/2016.

6º.- El demandante no ostenta ni ha ostentado cargo de representación legal ni sindical alguno.

7º.- Con fecha 19/01/2017 se celebró el perceptivo acto de conciliación con el resultado de sin efecto".

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, por la representación legal del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en fecha 26 de septiembre de 2017 , en la que consta el siguiente fallo: "Se desestima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de los de Bilbao de 12-5-2017 , procedimiento 17/2017, por el Sr. Letrado habilitado de la Abogacía del Estado en la representación legal que ostenta del Fondo de Garantía Salarial, la que se confirma, imponiendo las costas del recurso a la recurrente, cifrándose en 1.000 euros los honorarios de letrado de la parte impugnante, y pérdida de depósitos y consignaciones, a los que se les dará el destino legal si los hubiese".

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por la representación legal del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de 5 de mayo de 2016 (rec.1305/2015).

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar el recurso procedente. Se señaló para la votación y fallo el día 4 de abril de 2019, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), – en sustitución de la empresa, cuando ésta no comparezca y la misma sea la titular del derecho de opción –, puede en el acto del juicio de despido y para el supuesto que éste fuera declarado improcedente, optar por la extinción contractual indemnizada cuando la readmisión no sea posible, con la finalidad de reducir, en su caso, el futuro abono de prestaciones de garantía salarial a su cargo al deberse calcular en tal supuesto la indemnización hasta la fecha del despido y evitar el pago de salarios de tramitación; así como derivadamente, determinar, en su caso, la prevalencia entre la opción del FOGASA y la opción del trabajador, cuando ambas concurren, si tal opción del FOGASA de considerarla factible concurre por la opción del trabajador haciendo uso como parte demandante de la facultad que el confiere el art. 110.1.b) LRJS de no ser realizable la readmisión, lo que comportaría de prevalecer la opción del trabajador el devengo de salarios de tramitación desde el despido hasta la fecha de la sentencia.

**2.-** La sentencia de suplicación ahora recurrida por el FOGASA en casación unificadora ( STSJ/País Vasco 26-09-2017 -recurso 1665/2017 ), confirmando la sentencia de instancia (SJS/Bilbao nº 10 de fecha



12-05-2017 -autos 17/2017), da una respuesta negativa a la pretensión del FOGASA negándole la posibilidad de actuar en sustitución de la empresa, aunque la empresa estaba cerrada y sus representantes no comparecieron al acto del juicio, y acepta la petición del trabajador en ejercicio de la opción que le posibilita el art. 110.1.b) LRJS en su interpretación jurisprudencial en favor de la extinción indemnizada con devengo de salarios de tramitación desde el despido hasta la fecha de la sentencia. Se argumenta, en esencia, en la sentencia recurrida que:

*<< El Fondo de Garantía Salarial, arts.33 ET y 23 LRJS , se ha configurado como un fiador legal, y como tal es la naturaleza de su obligación subsidiaria, para el caso de que el deudor principal no cumpla su obligación. Desde esta perspectiva, el Fondo puede suplantar al acreedor, empresario, utilizando todos los derechos que a éste le corresponden contra el deudor ( art. 1839 del Código Civil en relación al 1148 del mismo texto). Para el Fondo existe una normativa específica, el art. 23, 3 LRJS , que establece la posibilidad de que esta Administración institucional pueda oponerse con toda clase de excepciones y medios de defensa, aún los personales del demandado, empresa, y cuantos hechos obstativos, impeditivos o modificativos puedan dar lugar a la desestimación total o parcial de la demanda.*

*Se trata de determinar si la opción a la que se refiere el art. 116 LRJS , en relación al art. 56 ET , puede ser activada por el Fondo. Nuestra respuesta es negativa, y la base de ello es que la gestión del contrato de trabajo no corresponde al Fondo. Las intervenciones de las facultades empresariales están regladas por la Ley. El administrador concursal, quien asume las facultades del empresario, se determina por la ley. La libertad de empresa, art. 38 de la CE , la capacidad subjetiva del empresario, como titular del contrato de trabajo que es, no puede ser suplantada salvo que de forma expresa y manifiesta el legislador lo haya previsto. Y, este no es el caso. Una cosa es que alguien pueda subrogarse en la posición de otro, que se articulen los derechos, y otra es que se suplante la facultad del titular del contrato, pues esta enervación de facultades y gestión o administración de la relación corresponde a quien es titular o a quien la ley impone un medio de fiscalización. De aquí el que cuando interpretamos el art 23,3 LRJS lo hacemos desde la proyección del ejercicio de todos los medios de oposición, de delimitación del crédito, -de perfilación de la relación laboral-, pero descartamos la posibilidad de actuar la propia relación, y la facultad de instar la opción por la readmisión o la indemnización, que es propia del titular empresarial, y en línea con ello la posibilidad de que se extinga el contrato por imposible readmisión solamente la ha atribuido el legislador al trabajador >>.*

**3.-** En la sentencia invocada por el FOGASA ahora recurrente como resolución de contraste ( STSJ/Andalucía, sede de Sevilla, de fecha 05-05-2016 -recurso 1305/2015 ), a los fines del art. 219.1 LRJS , , se da una respuesta positiva a la pretensión del FOGASA, -- admitiendo que de la interpretación conjunta del art. 23 en relación con el art. 110.1.a) LRJS permitía que el FOGASA anticipara la opción prevista en el segundo de esos preceptos --, en un supuesto en el que también la empresa estaba cerrada y sin actividad, teniendo por hecha por el FOGASA la opción anticipada por la extinción contractual indemnizada declarando extinguida la relación laboral en la fecha del despido y sin derecho a salarios de tramitación, en un supuesto en el que no consta que el trabajador despedido hubiera ejercitado la opción por la extinción indemnizada en el acto del juicio ex art. 110.1.b) LRJS y de los hechos probados inmodificados resulta acreditado que el trabajador no era ni había sido representante de los trabajadores durante el año anterior al despido siendo titular directo de la opción ex art. 110.2 LRJS y no consta, por otra parte, tampoco consta que hubiere hecho uso de la facultad que le confiere al demandante el art. 110.1.b) LRJS cuando " constare no ser realizable la readmisión "; argumentando y concluyendo, en esencia, la sentencia referencial que:

*<< Resta concretar a que fecha se extingue la relación laboral y si se adeudan salarios de tramitación, cuestiones a la que ya dimos cumplida respuesta en la STSJA nº 858/16 de 31 de marzo, rec 779/15 : "El derecho de opción que ejercita el Fondo de Garantía Salarial es el que concede con carácter general la sentencia de despido, contemplado en el artículo 110 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social en relación con el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , y que consiste en la elección entre la readmisión del trabajador con el pago de los salarios de tramitación o el abono de una indemnización, que determinará la extinción del contrato de trabajo que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo, y que se calculará hasta esa fecha.*

*En consecuencia habiendo optado el Fondo de Garantía Salarial en el acto del juicio por el abono de la indemnización la misma ha sido adecuadamente calculada a la fecha del despido, ya que no se puede considerar que el Fondo de Garantía Salarial puede ejercer el derecho de opción como si de la empresa se tratara, y sin embargo incrementar la indemnización de la que debe responder computándolo hasta la fecha de la sentencia, es decir, no puede el empresario si opta pagar una indemnización y el Fondo de Garantía Salarial otra mayor, cuando el Fondo de Garantía Salarial tiene una responsabilidad subsidiaria por su insolvencia".*

*Es obvio que si entendemos extinguida la relación a fecha del despido - art. 56 ET : "La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo"- no caben salarios de tramitación.*



*Estimado el motivo del recurso, se revoca la sentencia en parte conforme a lo hasta aquí razonado >>.*

**SEGUNDO.- 1.-** Con carácter previo a determinar si concurre o no el presupuesto o requisito de contradicción de sentencias exigido en el art. 219.1 LRJS para viabilizar el recurso de casación unificadora, debemos hacer referencia a las previsiones contenidas en el art. 23.2 y 3 LRJS (sobre la intervención del Fondo de Garantía Salarial), en el art. 110.1 y 2 LRJS (sobre los efectos del despido improcedente) y a su interpretación jurisprudencial, así como a la jurisprudencia de esta Sala sobre las facultades del FOGASA en el juicio de despido reflejada en la STS/IV Pleno de 05-03-2019 (rcud 620/2018 ).

**2.-** Sobre el primer extremo de ámbito normativo debemos destacar que:

**a)** Establece el art. 23.2 y 3 LRJS , en los extremos de interés a los fines del presente recurso, que:

*" 2. En supuestos de empresas incursas en procedimientos concursales, así como de las ya declaradas insolventes o desaparecidas, y en las demandas de las que pudiera derivar la responsabilidad prevista en el apartado 8 del artículo 33 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , el secretario judicial citará como parte al Fondo de Garantía Salarial, dándole traslado de la demanda a fin de que éste pueda asumir sus obligaciones legales e instar lo que convenga en Derecho. ..."*

*" 3. 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 "*

**b)** Dispone el art. 110.1 y 2 LRJS , en cuanto ahora más directamente nos afecta, que:

*" 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 ...*

*... 2. En caso de que se declarase improcedente el despido de un representante legal o sindical de los trabajadores, la opción prevista en el número anterior corresponderá al trabajador "*

**c)** Sobre la interpretación jurisprudencial del art. 110.1 LRJS , como se refleja en la STS/IV 04-04-2018 (rcud 2935/2016 ), con cita de las anteriores sentencias que le sirven de precedente, se afirma que:

*<< La cuestión que en autos se suscita ha sido objeto de reiterado tratamiento por esta Sala y su conclusión ha sido la de reconocer el derecho a los salarios de tramitación en los supuestos en que -aún en fase declarativa- la readmisión fuese imposible. Para la Sala:*

*a).- "... por sí solo, el art. 110.1.b) no comporta condena al abono de los salarios de tramitación. Ahora bien, si no se activase la solicitud en él prevista y se prosiguiese con la normal ejecución de la sentencia de despido improcedente, al constatarse posteriormente que la readmisión es imposible el Juzgado debería dictar auto dando por extinguido el contrato y condenando (entonces sí) al abono de los salarios de tramitación, además de la indemnización tomando como periodo de prestación de servicios el transcurrido hasta la fecha del auto judicial ( art. 286.1 LRJS ). La comparación entre las consecuencias del art. 110.1.b), aisladamente interpretado, y las de los preceptos sobre ejecución de sentencia en que no se haya activado esa solicitud conduce a un resultado incoherente. La conclusión es abiertamente insatisfactoria y disfuncional, pues parecería que se incentiva la prolongación del procedimiento: si el trabajador permanece pasivo (aunque conozca las circunstancias de la empresa) hace aumentar el tiempo tomado en cuenta para calcular indemnización y el monto de los salarios devengados. No tiene sentido lógico la eliminación de salarios de tramitación para mantenerlos en la misma hipótesis, pero replanteada en un hito procesal posterior. De ahí que deba buscarse el modo de armonizar los dos bloques normativos" ( STS 19/07/16 -rcud 338/15-, asunto "Adega do Emilio, SL ").*



b).- "... si efectuamos una interpretación estricta y literal del artículo 110.1.b) de la LRJS ... llegamos a la conclusión de que no procede la condena a salarios de tramitación, al no estar expresamente prevista esta condena en el citado precepto... Ahora bien, si tenemos en cuenta la descrita situación -declaración de extinción de la relación laboral que, como práctica forense, viene siendo seguida por los Juzgados de lo Social- y ponemos en relación el silencio del señalado artículo 110.1.b) de la LRJS, respecto a salarios de trámite, con las previsiones de otros preceptos, tanto del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores ... como los artículos 278 a 286 de la propia Ley que regulan "la ejecución de las sentencias firmes de despido"..., la solución puede -y entendemos debe ser- la que ya arbitró esta Sala ante la misma situación, si bien con anterioridad al redactado actual del artículo 110.1.b) de la LRJS en la sentencia de 6 de octubre de 2009 (rcud. 2832/2008), de reconocer el derecho al percibo de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la extinción laboral, solución seguida también en sentencias posteriores de 28 de enero de 2013 (rcud. 149/2012) y 27 de diciembre de 2013 (rcud. 3034/2012), en supuestos singulares de imposibilidad de readmisión" ( SSTS 21/07/16 -rcud 879/15-asunto "Moure Pan, SL "; 25/09/17 -rcud 2798/15-, para "Hipescar, SL "; y 25/10/17 -rcud 243/16 -, para "Mecano Castilla, SL").

c).- "... la interpretación estricta, no sólo perjudicaría al trabajador injustamente despedido, que es la parte perjudicada o víctima en la situación jurídica de despido improcedente, y beneficiaría a la empresa por una decisión injusta y contraria a la Ley, es decir, beneficia a quien causa el perjuicio o victimario en la situación jurídica del despido improcedente, sino que además desincentivaría, y sería contrario a cualquier principio de economía procesal en tanto que obligaría, de hecho, a todo trabajador despedido de forma improcedente y con la empresa cerrada, a no pedir la extinción contractual al momento de la sentencia, a no anticipar la solución del conflicto y esperar a la ejecución ordinaria, previsiblemente con readmisión implícita por falta de opción empresarial, y por tanto con devengo de salarios de tramitación, a costa de una mayor dilación procesal y de un mayor esfuerzo y saturación de la administración de justicia, innecesarios para prestar la tutela efectiva" ( SSTS 21/07/16 -rcud 879/15-asunto "Moure Pan, SL "; 25/09/17 -rcud 2798/15-, para "Hipescar, SL "; y 25/10/17 -rcud 243/16 -, para "Mecano Castilla, SL")>>.

d) Finalmente, la jurisprudencia de esta Sala sobre las facultades del FOGASA en el juicio de despido se reflejada en la STS/IV Pleno de 05-03-2019 (rcud 620/2018), – en un supuesto en que los trabajadores no ostentaban ni habían ostentado a lo largo del año anterior al despido la presentación legal de los trabajadores –, en la que se argumenta en interpretación del art. 23.3 LRJS y se concluye que:

<<"... La relación de tales facultades legales [ art. 23.3. LRJS ]... amén de lo que comporta la declaración legal ( art 33.1 ET ), de su obligación legal de abonar los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario, que lo constituye automáticamente acreedor igualmente normativo de tales importes frente a la empresa supone que ya anticipadamente y en esa condición de responsable subsidiario, puede asumir en el procedimiento el lugar de ésta (la empresa) cuando la misma no concurre a tal acto imposibilitando así su propia defensa, al menos en los concretos aspectos que esté previstos de forma igualmente legal, como sucede con la precisión del art. 110.1.a) de la LRJS, que señala que "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 ">>.

<< La Sala entiende la dificultad de considerar que el derecho de opción no se ejercite por su titular y lo haga un tercero -el FOGASA- que, en principio es ajeno a la relación laboral, siendo, como se decía, un garante subsidiario en las cantidades previstas en el artículo 33 ET . No obstante, esta posición está extraordinariamente reforzada en el aspecto procesal, como se indica en el referido artículo 23 ET y concordantes. En atención a ello, especialmente porque el artículo 23.2 autoriza al FOGASA a instar en el proceso "lo que convenga en Derecho", la Sala considera factible que el FOGASA pueda ejercitar el derecho de opción con efectos plenos en aquellos casos en los que concurren, simultáneamente, las siguientes circunstancias, de las que, como se ve, ya se ha dejado constancia a lo largo de cuanto se ha expresado precedentemente al enumerar las concurrentes en el presente caso: en primer lugar, que la empresa no haya comparecido en el acto del juicio; en segundo, que estemos en presencia de alguno de los supuestos previstos en el artículo 23.2 LRJS, esto es, que se trate de empresas concursadas en procedimientos concursales, declaradas insolventes o desaparecidas, siempre que conste que la empresa ha cerrado sus actividades, siendo, en consecuencia, imposible o de difícil realización la readmisión; en tercero, que se trate de un supuesto en el que el titular de la opción fuere el empresario, pues no se puede sustituir el derecho de opción de quien no lo tiene; y, en cuarto lugar, que el FOGASA haya comparecido en el procedimiento en el momento de efectuar la opción.

Y así, resulta claro que el organismo de garantía puede instar que se anticipe dicha opción en tal sentido (indemnización) en un caso de las características del presente, donde la empresa, de hecho, se halla de todo punto imposibilitada de readmitir por su cierre mismo y por las demás circunstancias en las que se encuentra,



ya enumeradas, de modo que no le quedaría más, de poder haberse manifestado, que instar que se señalase la indemnización pertinente, que va de suyo, al haber desaparecido, en efecto, toda posibilidad real y efectiva de readmisión, la cual, de haberla propuesto, supondría un ejercicio de absoluta incongruencia con la realidad si no de un hipotético intento fraudulento con no se sabe qué objeto, por lo que si el FOGASA, como subrogado en su lugar, lo que ha hecho ha sido cumplir con una previsión a la par que requisito material y procesal, ha de concluirse que le asistía todo el derecho -e incluso el deber- en ese sentido, velando así por los intereses públicos ( art 23.1 de la LRJS ) cuya defensa tiene asignada >>.

**TERCERO.- 1.-** En ambos supuestos, en el resuelto en la sentencia recurrida y en el decidido en la sentencia de contraste, concurren, en principio, los presupuestos establecidos en nuestra STS/IV Pleno de 05-03-2019 (rcud 620/2018 ), en concreto que: **a)** la empresa no compareció al acto del juicio; **b)** se trataba de alguno de los supuestos previstos en el art. 23.2 LRJS (empresas incursas en procedimientos concursales, declaradas insolventes o desaparecidas), constando que las empresas habían cerrado sus actividades, siendo, en consecuencia, imposible o de difícil realización la readmisión; **c)** el titular de la opción entre la readmisión o la indemnización, en principio, era el empresario al que pretende sustituir el FOGASA (y no el trabajador en su condición de representante legal o sindical o al que por otro fundamentó legal o convencional le hubiere sido atribuida tal opción); y, **d)** el FOGASA compareció en el procedimiento en el momento de efectuar la opción.

**2. -** Sin embargo, en la sentencia recurrida se niega en todo caso al FOGASA la posibilidad de actuar en sustitución de la empresa en el supuesto del art. 110.1.a) LRJS , lo que si se posibilita en la sentencia de contraste; por lo que cabe entender que concurre el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias exigido en el art. 219.1 LRJS para viabilizar el recurso de casación unificadora, y entrar a resolver la cuestión de fondo planteada, sin perjuicio de lo que se pueda resolver sobre la incidencia en el supuesto ahora enjuiciado de la existencia con la opción que en el propio acto del juicio se efectuó por el trabajador no titular directo ex art. 110.2 LRJS (en cuyo supuesto no cabría en modo alguno sustitución por el FOGASA respecto a al ejercicio de un derecho empresarial que no le corresponde) sino con fundamento en la facultad que le otorga el art. 110.1.b) LRJS en el supuesto de que " *constare no ser realizable la readmisión* " .

**CUARTO.- 1.-** Como se ha adelantado, en la STS/IV Pleno de 05-03-2019 (rcud 620/2018 ) se ha interpretado el art. 23.2 en relación con el art. 110.1.a) LRJS en el sentido de que tales preceptos le permite al FOGASA ejercitar, anticipadamente en el juicio oral del proceso de despido, el derecho de opción en sustitución de la empresa en favor de la indemnización previsto en el art. 110.1 LRJS , siempre y cuando: a) se trate de empresas que no hayan comparecido; b) que estén en alguna de las situaciones del art. 23.2 y, además, que sea difícil o imposible la readmisión; c) que el titular del derecho sea la empresa, no el trabajador; d) que el Fondo haya comparecido en el momento procesal adecuado para llevar a cabo esa opción.

**2.-** Por lo que procede reconocer tal derecho al FOGASA en las condiciones y con las consecuencias expuestas, estimando en este extremo el recurso.

**3.-** No obstante, , debemos también resolver en el presente recurso sobre la eficacia de tal opción realizada por el FOGASA al coincidir con la opción que en el propio acto del juicio se efectuó por el trabajador no titular directo ex art. 110.2 LRJS (en cuyo supuesto no cabría en modo alguno sustitución por el FOGASA respecto a al ejercicio de un derecho empresarial que no le corresponde) sino con fundamento en la facultad que le otorga el art. 110.1.b) LRJS en el supuesto de que " *constare no ser realizable la readmisión* " . En este caso de incomparecencia de la empresa las facultades del FOGASA no cabe interpretar que se extiendan a hacer prevalecer la acción por sustitución referida a la efectuada por el trabajador ex art. 110.1.b) LRJS , al ser esta última opción preferente y prioritaria por ser personal frente a la del FOGASA que es sustitutiva de la de la ordinaria titularidad empresarial, dado que la opción ex art. 110.1.b) LRJS atribuida al trabajador - al tratarse de una previsión especial ligada a la concurrencia de unas determinadas circunstancias -, cabe considerarla preferente respecto de la genérica opción establecida en el art. 110.1.a) LRJS atribuida al que resultare ser titular directo de la opción.

**4. -** Procede, en consecuencia, en los términos expuestos, estimar en parte el recurso de casación unificadora en cuanto a las facultades del FOGASA en sustitución de la empresa, revocando en este extremo la sentencia de suplicación recurrida, pero dejándola inmodificada en cuanto a la solución final que adopta confirmando la indemnización y salarios de tramitación fijados en la sentencia de instancia al haber ejercitado oportunamente la parte demandante la opción ex art. 110.1.b) LRJS que debe considerarse preferente; sin imposición de costas ( art. 235.1 LRJS ).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido



:

**1.-** Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), contra la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación nº 1665/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de mayo de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, en autos nº 17/2017, seguidos a instancia de D. José contra Gloss Lounge S.L. y contra el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA).

**2.-** Estimar, conforme a lo expuesto, el recurso en cuanto a las facultades del FOGASA en sustitución de la empresa, revocando en este extremo la sentencia de suplicación recurrida, pero dejándola inmodificada en cuanto a la solución final que adopta confirmando la indemnización y salarios de tramitación fijados en la sentencia de instancia al haber ejercitado oportunamente la parte demandante la opción ex art. 110.1.b) LRJS.

**3.-** Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDO