



Roj: **STS 839/2020 - ECLI:ES:TS:2020:839**

Id Cendoj: **28079140012020100142**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/03/2020**

Nº de Recurso: **2903/2018**

Nº de Resolución: **237/2020**

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

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CL 1633/2018,**
STS 839/2020

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2903/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 237/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Ángel Blasco Pellicer

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 11 de marzo de 2020.

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 9 de mayo de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede de Burgos, en el recurso de suplicación núm. 263/2018, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos, de fecha 15 de febrero de 2018, recaída en autos núm. 611/2017, seguidos a instancia de D^a. Rosaura , frente a Cárnicas Burgos SA; D. Fausto (Administrador Concursal); y FOGASA, sobre Despido.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida D^a. Rosaura , representada y asistida por la letrada D^a. Julia M^a. Manero Izquierdo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de febrero de 2018 el Juzgado de lo Social nº 1 de Burgos dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:



"PRIMERO.- La demandante, DOÑA Rosaura , ha venido prestando servicios para la demandada CÁRNICAS BURGOS S.A., desde el 1 de marzo de 1999, en el centro de trabajo de Burgos, con la categoría de auxiliar administrativo, mediante contrato de trabajo indefinido a tiempo completo y un salario mensual bruto, con prorrata de pagas extraordinarias, de 1.421,99 euros.

SEGUNDO.- En fecha 15 de septiembre de 2017, la empresa notificó al demandante carta de despido de efectos de 30 de septiembre de 2017, del siguiente tenor literal: Mediante el presente escrito la dirección de la empresa "CÁRNICAS BURGOS SA" en la que usted viene prestando sus servicios profesionales pone en su conocimiento que con fecha, 30 de septiembre del 2017, queda extinguido el vínculo laboral que le unía con esta empresa. Todo ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 51.1 del mismo cuerpo legal.

La necesidad de amortizar su puesto de trabajo, que consideramos objetivamente acreditada, se basa en las causas económicas que seguidamente paso a exponer:

He de poner en su conocimiento que el resultado económico de mi representada presenta un claro saldo negativo arrojando las siguientes cifras:

Segundo trimestre 2017 menos 86.150,83 euros

Segundo trimestre 2016 menos 37.941,33 euros

Primer trimestre 2017 menos 90.748,18 euros

Primer trimestre 2016 7.062,22 euros

Cuarto trimestre 2016 menos 9.887,59 euros

Cuarto trimestre 2015 787,54 euros

Como ve, se ha producido un descenso de las ventas en los tres últimos trimestres computables, es decir los dos primeros trimestres del 2017 comparado con los dos primeros trimestres de 2016, y el cuarto trimestre de 2016 comparado con el cuarto trimestre de 2015 lo que justifica que dado ese descenso en las ventas procedamos a extinguir su contrato por causas objetivas.

Así mismo le notifico que la indemnización que le corresponde por la extinción de su contrato que con la presente se le comunica asciende a 20 días de salario por año de servicio, lo que dada su antigüedad y su salario supone un total de 17.063,75 euros.

De acuerdo lo establecido en el artículo 53 1 .b) del Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de Octubre , y como consecuencia de la situación económica por la que atraviesa la empresa, no se puede poner a disposición de la trabajadora la indemnización establecida de 17.063,75 euros, manifestándola que tan pronto como se tenga liquidez suficiente se le abonará la precitada cantidad.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 53.le del Real Decreto Legislativo 2/2015, se le concede un plazo de preaviso de quince días, durante el cual tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo.

Sin más que comunicarle y agradeciéndole los servicios prestados, la empresa le comunica la extinción de su contrato por las causas económicas alegadas y con efectos del 30 de septiembre del 2017.

TERCERO.- La actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de representante de los trabajadores.

CUARTO.- Se celebró el acto de conciliación el 16 de octubre de 2017 que resultó intentada sin efecto.

QUINTO.- La parte actora reclama en su demanda la improcedencia del despido debiendo optar la demandada por la readmisión con abono de salarios de tramitación o la extinción con abono de la indemnización legalmente establecida. En el acto de la vista la actora interesó la extinción de la relación laboral de acuerdo con el artículo 110.1 b) de la LJS, mientras que el FOGASA solicitó la aplicación del artículo 110.1a) del mismo texto legal , anticipando la opción por la indemnización".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda formulada por DOÑA Rosaura contra CÁRNICAS BURGOS S.A., en situación concursal, ADMINISTRADOR CONCURSAL, DEBO DECLARAR Y DECLARO IMPROCEDENTE el despido de la demandante operado con fecha de efectos 30 de septiembre de 2017 y extinguido el contrato de trabajo que ligaba a las partes desde esa fecha, condenando a la empresa demandada a abonar a la actora en concepto de indemnización la cantidad de TREINTA Y TRES MIL SEISCIENTOS SESENTA EUROS CON VEINTISÉIS CÉNTIMOS (33.660,26€). Todo ello con intervención del Fondo de Garantía Salarial".



SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a. Rosaura ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, la cual dictó sentencia en fecha 9 de mayo de 2018, en la que consta el siguiente fallo:

"Que estimando el recurso interpuesto por D^a Rosaura, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Burgos, en autos número 611/2017 seguidos a instancia de la recurrente, contra FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, D. Fausto (ADMINISTRADOR CONCURSAL) y CÁRNICAS BURGOS S.A., en reclamación sobre Despido, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el sentido de declarar que debe de calcularse la indemnización a la fecha de la sentencia, 15 de febrero de 2018, más el devengo de los salarios de tramitación hasta la misma, confirmando el resto en su integridad. Sin costas".

TERCERO.- Por la representación de FOGASA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en fecha 1 de febrero de 2017, recurso nº 570/2016.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Por la letrada D^a. Julia M^a. Manero Izquierdo en representación de la parte recurrida, D^a. Rosaura, se presentó escrito de impugnación, y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar la estimación del recurso.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de marzo de 2020, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se dirime en el presente recurso de casación unificadora consiste en decidir si el FOGASA, en un supuesto en el que la empresa concursada no comparece al juicio por despido objetivo, puede anticipar la opción, en sustitución del empresario, en los supuestos previstos en el artículo 110. 1 a) LRJS.

2.- La sentencia recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León -sede de Burgos- de 9 de mayo de 2018 (R. 263/2018)- con revocación parcial de la instancia y mantenimiento de la calificación del despido como improcedente, declaró que debía calcularse la indemnización a la fecha de la sentencia de instancia -15 de febrero de 2018- con devengo de salarios de tramitación hasta la misma. Consta, en la misma, que la actora fue despedida por causas objetivas por la empresa Cárnicas Burgos SL con efectos de 30 de septiembre de 2017 y que la citada mercantil estaba en situación de concurso de acreedores. En el acto de juicio la actora instó la extinción de la relación laboral y el FOGASA solicitó la aplicación del art. 110.1.a de la LRJS, anticipando la opción por la indemnización.

La sentencia de instancia estimó la demanda y declaró improcedente el despido de la actora, así como la extinción del contrato de trabajo con efectos de la fecha del despido, con derecho de la actora a la indemnización calculada a tal fecha y sin salarios de tramitación. La actora recurrió en suplicación denunciando la infracción del art. 110.1 a) y b) de la LRJS en relación con el art. 23 de la misma Ley para argumentar el FOGASA no es titular de la opción que la norma otorga al empresario. El criterio de la sentencia recurrida es que una interpretación literal del art. 110.1 a) LRJS solo concede la opción al empresario y, en caso de ser imposible la readmisión la letra b) del mismo artículo concede en exclusiva al actor la posibilidad de solicitar la extinción del contrato. En consecuencia, ha de prevalecer la opción del trabajador frente a la del FOGASA, por lo que la indemnización debe calcularse a la fecha de la sentencia de instancia, con condena también al abono de salarios de tramitación hasta ese mismo momento.

SEGUNDO.- 1.- El Abogado del Estado, en representación del FOGASA, recurre en casación unificadora y aporta de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, -sede de Sevilla-, de 1 de febrero de 2017 (R. 570/2016). En este caso, la actora fue despedida por causas objetivas. La empresa estaba cerrada y sin actividad. Frente a la sentencia que declaró improcedente el despido la actora recurrió en suplicación pretendiendo que la indemnización se calculase hasta la fecha de la sentencia, no hasta la fecha del despido como había fijado el juez de instancia. La sentencia de contraste desestima el recurso razonando que, si bien la demandante optó por la extinción del contrato, debe prevalecer en este caso la opción del Fogasa como responsable subsidiario de las prestaciones de garantía salarial, ejercitada al amparo del art. 110.1 a) LRJS. Y, aunque no es el titular del derecho de opción, es garante de los intereses públicos en virtud del art. 23.3 LRJS, además de que su intervención en el pleito tiene la finalidad de reducir la deuda reclamada a la



empresa asumiendo por ello la posición de la empresa desaparecida o insolvente. Por lo tanto, la sentencia considera correctamente calculada la indemnización.

2.- A juicio de la Sala las sentencias comparadas son claramente contradictorias en los términos exigidos en el artículo 219 LRJS, pues en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos. Ha de tenerse en cuenta que en ambos supuestos consta que tanto los respectivos actores como el Fogasa optaron en el acto de juicio por la extinción de la relación laboral, estando sin actividad ambas empresas, llegando las sentencias comparadas a conclusiones distintas en cuanto a los efectos de dicha opción.

TERCERO.- 1.- El organismo recurrente, al amparo del artículo 207 e) LRJS, denuncia, en su único motivo del recurso, infracción del art. 110.1.a) de la LRJS en relación con los arts. 23.2 y 3 del mismo texto legal y con el art. 33 del ET.

2.- La cuestión aquí planteada ya ha sido resuelta por el pleno de la Sala en su STS de 5 de marzo de 2019, Rcd. 620/2018, en un asunto muy similar al presente y, también en las SSTS de 4 de abril de 2019, Rcuds. 4064/2017 y 1865/2018 y de 13 de febrero de 2020 Rcuds. 1806/2018 y 2009/2018.

En la primera de las citadas sentencias dijimos: "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 incursas 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".

Posteriormente, en las mencionadas SSTS de 4 de abril de 2019, Rcuds. 4064/2017 y 1865/2018 y de 13 de febrero de 2020 Rcuds. 1806/2018 y 2009/2018, reflexionamos 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*"; y al respecto señalamos que: "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".

3.- Elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley exigen aplicar la indicada doctrina al supuesto que examinamos dado que nos encontramos ante una empresa incursa en procedimiento concursal que ya no tenía actividad alguna en la fecha de la sentencia de instancia; el derecho de opción le pertenecía a la empresa y el FOGASA compareció al procedimiento y en el acto del juicio oral ejerció el discutido derecho de opción del artículo 110. 1 a) LRJS; cumpliéndose, por tanto, los requisitos exigidos por nuestra aludida sentencia; pero debiendo ceder tal opción ante la efectuada por el trabajador, según el artículo 110.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.

CUARTO.- Lo expuesto determina, oído el Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso del FOGASA confirmando la sentencia recurrida y dejándola inmodificada en cuanto a la solución final que adopta, estableciendo la indemnización a fecha de la sentencia con los oportunos salarios de tramitación, al haber ejercitado oportunamente la parte demandante la opción ex artículo 110.1.b) LRJS. Sin costas según el artículo 235 LRJS.

FALLO

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

:



- 1.- Desestimar 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.
- 2.- Confirmar la sentencia dictada el 9 de mayo de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede de Burgos, en el recurso de suplicación núm. 263/2018.
- 3.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ