



Roj: **STS 3920/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3920**

Id Cendoj: **28079140012020100941**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/11/2020**

Nº de Recurso: **3069/2018**

Nº de Resolución: **977/2020**

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

Ponente: **IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 988/2018,**
STS 3920/2020

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3069/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 977/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. María Lourdes Arastey Sahun

D. Ángel Blasco Pellicer

D^a. María Luz García Paredes

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 6 de noviembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial, representado y asistido por Abogado del Estado, contra la sentencia de fecha 22 de marzo de 2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el recurso de suplicación núm. 120/2018, formulado frente a la sentencia de fecha 21 de noviembre de 2017, dictada en autos 614/2017 por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Oviedo, seguidos a instancia de Don Ignacio, contra Tiger Desing Construction, S.L. y el FOGASA, sobre despido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de noviembre de 2017, el Juzgado de lo Social núm. 4 de Oviedo, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por D. Ignacio frente a TIGER DESING CONSTRUCTION S L y FOGASA en consecuencia DECLARO la extinción de la relación laboral entre D. Ignacio y TIGER DESING CONSTRUCTION S.L formalizada el 30 de junio de 2017 como despido improcedente, siendo la fecha de extinción de la relación laboral la de la presente sentencia ante la imposibilidad de readmisión del trabajador implicado mediando la opción de extinción ejercitada por D.



Ignacio , debiendo abonar TIGER DESING CONSTRUCTION S.L. a D. Ignacio la cantidad de 3.449,60 euros en concepto de indemnización por despido improcedente y la cantidad de 6.329,49 euros en concepto de salarios de tramitación.

CONDENO a TIGER DESING CONSTRUCTION S.L a abonar a D. Ignacio la cantidad de 7.564 euros por los conceptos detallados en el fundamento de derecho tercero de la presente demanda.

DECLARO la responsabilidad legal del FOGASA derivada de la presente condena".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- D. Ignacio , con DNI NUM000 , ha venido prestando servicios como empleado por cuenta ajena para la empresa TIGER DESING CONSTRUCTION S.L. desde el 3 de agosto de 2015 hasta el 30 de junio de 2017 mediante contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado a tiempo completo con la categoría de Oficial 2ª, ". siendo el centro de trabajo itinerante por la comunidad autónoma el Principado de Asturias - datos no controvertidos y que se desprenden a su vez de las nóminas obrantes en las actuaciones y de la vida laboral del actor obrante en las actuaciones-

PRIMERObis.- D. Ignacio debía comer en los lugares o zonas en los que ejecutaba su trabajo, ya que el mismo no le permitía regresar a casa para comer en ella. Además, su horario ordinario de nueve de la mañana a seis de la tarde se extendía siempre más allá de lo concertado, ejecutando horas extraordinarias. -Estos datos se desprenden de la declaración del único testigo interviniente en el acto del juicio y del documento nº 2 de los aportados por la parte actora-

SEGUNDO - El salario diario bruto es de 44,89 euros - dato no controvertido en el acto del juicio

TERCERO.- El Convenio Colectivo aplicable es el del Sector del Metal del Principado de Asturias (BOFA 17 de febrero de 2017) - dato no controvertido-. Al actor, en su categoría, le corresponden: 1) para el año 2016. un salario base de 34,46 euros, un plus de asistencia de 6,61 euros, un incentivo por importe de 3,74 euros, un plus de convenio en cuantía de 2,12 euros, la paga extra en cuantía de 1.356,81 euros, la media dieta en cuantía de 12,94 euros y la dieta completa en cuantía de 49,77 euros; 2) para el año 2017, un salario base de 35,15 euros, un plus de asistencia de 6,74 euros, un incentivo por importe de 3,81 euros, un plus de convenio en cuantía de 2,16 euros, la paga extra en cuantía de 1.383,95 euros, la media dieta en cuantía de 13.20 euros y la dieta completa en cuantía de 50,77 euros.

CUARTO.- Obra unida a las actuaciones carta de despido fechada en Alcobendas el 15 de junio de 2017, del siguiente tenor literal "D. Marcelino como administrador de la empresa, pongo en su conocimiento que el contrato laboral suscrito entre Vd. y esta empresa con fecha de inicio el 3 de agosto de 2015 y duración fin de obra, queda extinguido desde el día 30 de junio de 2017 por cese de actividad de la empresa, finalizando la relación laboral que une a ambas partes".

CUARTObis.- La empresa no cesó tal y como explica la susodicha carta de despido, sino que mantuvo actividad más allá del 30 de junio de 2017 - tal y como ha declarado el único testigo interviniente, y se desprende de la vida laboral de la misma unida a las actuaciones aportada por FOGASA-

QUINTO.- Obran unidos a las actuaciones cuadrantes de horas extraordinarias ejecutadas por el demandante - documento nº 2 de los aportados por la parte actora, no impugnado-

SEXTO.- Obra unida a las actuaciones vida laboral de la empresa demandada aportada por FOGASA, de la que se desprende está dada de baja a fecha de 31 de julio de 2017.

SEXTObis - Obra unida a las actuaciones vida laboral del actor D. Ignacio aportada por FOGASA, de la que se desprende que el actor está dado de baja en la empresa a fecha de 30 de junio de 2017.

SÉPTIMO.- Obra unida a las actuaciones acta de la conciliación celebrada el 1 de agosto de 2017, habiendo sido presentada la papeleta de conciliación el 18 de julio de 2017, con el resultado intentado sin efecto, dejando constancia la papeleta "...no comparece TIGUER DESING CONSTRUCTION S.L. no constando en el momento del acto conciliatorio el acuse de recibo de la papeleta conciliatoria, ni habiendo sido devuelta su citación por el Servicio de Correos".

OCTAVO.- El trabajador no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año anterior al despido.

NOVENO.- Obra unida a las actuaciones sentencia nº 484/2017 de fecha 20 de septiembre de 2017 dictada en el asunto nº 595/2017 seguida ante el Juzgado de lo Social nº 1 de los de este partido judicial, cuyo contenido se da aquí por íntegramente reproducido".



SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó sentencia con fecha 22 de marzo de 2018, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación del FONDO DE GARANTIA SALARIAL contra la sentencia de fecha 21 de noviembre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social NÚM. 4 DE Oviedo en los autos núm. 614/2017, seguidos a instancia del trabajador, Ignacio , frente a la empresa "DESING CONSTRUCCIÓN SL" y el propio FOGASA, en reclamación sobre Despido y Cantidad, confirmando dicha sentencia en todos sus términos. Sin costas".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del Fondo de Garantía Salarial, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de fecha 1 de febrero de 2017, rec. 570/2016.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 11 de marzo de 2019, se admitió a trámite el presente recurso.

QUINTO.- No habiéndose personado las partes recurridas, no obstante haber sido emplazadas en tiempo y forma, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, que dictaminó en el sentido de considerar el recurso procedente. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos.

SEXTO.- Por Providencia de fecha 1 de octubre de 2020 y por necesidades del servicio se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 3 de noviembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La cuestión planteada y la sentencia recurrida

1.- La cuestión planteada en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar, de un lado, si el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa) ostenta el derecho de opción que el artículo 110.1 a) LRJS otorga al empresario demandado y, de otro, si el derecho de opción que el artículo 110.1 b) LRJS otorga al trabajador demandante prevalece sobre el derecho de opción del Fogasa.

2.- En el presente supuesto, el trabajador demandó por despido improcedente, siendo estimada la demanda en este extremo por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Oviedo de 21 de noviembre de 2017 (proc. 614/2017). La empresa demandada no compareció en el acto del juicio. En dicho acto, el Fogasa trató de anticipar la opción por la indemnización, en vez de por la readmisión, prevista en el artículo 110.1 a) LRJS, de modo que el trabajador no percibiera salarios de tramitación hasta la fecha de la sentencia. El juzgado de lo social entendió que "debe aplicarse" el artículo 110.1 b) LRJS (FD segundo).

3.- La sentencia del juzgado de lo social fue recurrida en suplicación por el Fogasa, solicitando que se declarada extinguida la relación laboral desde la fecha del cese efectivo en el trabajo y que se calculara la indemnización por despido a dicha fecha sin derecho a salarios de tramitación. El recurso no fue impugnado por el trabajador.

4.- La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 22 de marzo de 2018 (rec. 738/2018) desestimó el recurso y confirmó la sentencia del juzgado de lo social. La sala de suplicación entendió que era imposible la readmisión por cese de la empresa y que el trabajador había pedido la aplicación del artículo 110.1 b) LRJS (había "petición expresa del trabajador", FD segundo).

La sala de suplicación rechazó, finalmente, que el Fogasa fuera titular del derecho de opción del artículo 110.1 a) LRJS.

SEGUNDO. - La sentencia de contraste y el examen de la contradicción

1.- La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 22 de marzo de 2018 (rec. 738/2018) ha sido recurrida en casación para la unificación de doctrina por el Fogasa, invocando como sentencia de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla) de 1 de febrero de 2017 (rec. 570/2016).

2.- En el supuesto enjuiciado por la sentencia de contraste, la resolución del juzgado de lo social había estimado la demanda por despido de la trabajadora, lo que fue confirmado por la sentencia referencial.

En el juicio no compareció la empresa, que había cesado en su actividad. La trabajadora ejercitó la opción del artículo 110.1 b) LRJS y el Fogasa hizo lo mismo al amparo del artículo 110.1 a) LRJS, entendiendo la sentencia de contraste que debía prevalecer la opción realizada por el Fogasa, por lo que el importe de la indemnización debía calcularse hasta la fecha del despido y no hasta la fecha de la sentencia.



La sentencia referencial de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla) de 1 de febrero de 2017 (rec. 570/2016) es también la sentencia de contraste esgrimida en los recursos de casación para la unificación de doctrina: 620/2018 resuelto por la sentencia del Pleno de esta Sala de 5 de marzo de 2019; 1806/2018 y 2009/2018 que se han resuelto por las sentencias de esta Sala de 13 de febrero de 2020; 1777/2018 y 2903/2018 que se han resuelto por las sentencias de esta Sala de 11 de marzo de 2020; y, en fin, en los recursos 3425/2018 y 3752/2018 que se han resuelto por las sentencias de esta Sala de 17 de marzo de 2020.

3.- La exposición anterior pone de manifiesto que concurre la contradicción que exige el artículo 219.1 LRJS.

En efecto, tanto en la sentencia recurrida como en la de contraste la empresa no compareció en el acto del juicio y había cesado en su actividad por lo que no era posible la readmisión. Asimismo, en ambos casos, el Fogasa ejerció la opción prevista en el artículo 110.1 a) LRJS y, por su parte, los trabajadores ejercieron la opción contemplada en el artículo 110.1 b) LRJS, teniendo como consecuencia esta última opción que la indemnización y los salarios de tramitación han de calcularse hasta la fecha de la sentencia y no hasta la fecha del despido.

Y, en fin, con estas semejanzas, la sentencia del TSJ de Asturias recurrida negó que el Fogasa fuera titular del derecho de opción del artículo 110.1 a) LRJS y declaró que debía aplicarse el artículo 110.1 b) LRJS, mientras que, por el contrario, la sentencia de contraste del TSJ de Andalucía (Sevilla) declaró que el Fogasa sí es titular del derecho de opción del artículo 110.1 a) LRJS y que ese derecho del Fogasa debe prevalecer sobre el derecho de opción del trabajador del 110.1 b) LRJS.

TERCERO. - La doctrina unificada de la Sala

1.- La cuestión planteada en el recurso ha sido resuelta por esta Sala en las SSTs 4 de abril de 2019 (rcuds 4064/2017 y 1865/2018), reiteradas por las SSTs 13 de febrero de 2020 (rcuds 1806/2018 y 2009/2018), 11 de marzo de 2020 (rcuds 1777/2018 y 2903/2018) y 17 de marzo de 2020 (rcuds 3425/2018 y 3752/2018).

2.- En efecto, en los términos y con los requisitos que a continuación se recordarán, la STS 4 de abril de 2019 (rcud. 4064/2017) ha establecido, de un lado que el Fogasa sí ostenta el derecho de opción que el artículo 110.1 a) LRJS otorga al empresario demandado y, de otro, que el derecho de opción que el artículo 110.1 b) LRJS otorga al trabajador demandante prevalece sobre el derecho de opción del Fogasa.

3.- En lo que al derecho de opción del Fogasa se refiere y reiterando la STS (Pleno) 5 de marzo de 2019 (rcud 620/2018), la STS 4 de abril de 2019 (rcud 4064/2017) interpreta el artículo 110.1.a) LRJS, en relación con el artículo 23.2 LRJS, "en el sentido de que tales preceptos le permite(n) 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 artículo 110.1 a) LRJS, siempre y cuando: a) se trate de empresas que no hayan comparecido; b) que estén en alguna de las situaciones del artículo 23.2 (LRJS) y, además, que sea difícil o imposible la readmisión; c) que el titular del derecho sea la empresa, no el trabajador; d) que el Fogasa haya comparecido en el momento procesal adecuado para llevar a cabo esa opción".

La STS 4 de abril de 2019 (rcud) ha sido reiterada por las SSTs 13 de febrero de 2020 (rcuds. 1806/2018 y 2009/2018), 11 de marzo de 2020 (rcuds 1777/2018 y 2903/2018) y 17 de marzo de 2020 (rcuds 3425/2018 y 3752/2018).

En consecuencia, es evidente que la sentencia recurrida no se ajusta en este extremo a la doctrina de la Sala en cuanto que niega el Fogasa un derecho que le corresponde, por lo que procede reconocerle tal derecho en las condiciones y con las consecuencias expuestas, estimando en este punto el recurso del Fogasa.

4.- Ahora bien, la doctrina de la Sala ha precisado que, en caso de ejercerse ambas opciones, el derecho de opción que el artículo 110.1 b) LRJS otorga al trabajador demandante prevalece sobre el derecho de opción del Fogasa ex artículo 110.1 a) LRJS.

En efecto, la del trabajador ex artículo 110.1.b) LRJS "es opción preferente y prioritaria por ser personal frente a la del Fogasa (ex artículo 110.1 a) LRJS) que es sustitutiva de la de la ordinaria titularidad empresarial".

Pues bien, habiendo declarado en el presente caso la sentencia de suplicación recurrida (y antes el juzgado de lo social) que, "mediando petición expresa del trabajador", debe estarse al artículo 110.1 b) LRJS, la sentencia debe ser confirmada en este extremo y debe dejarse inmodificada con la única excepción de lo ya señalado respecto del derecho que corresponde al Fogasa y que la sentencia le niega.

CUARTO. - La estimación del recurso

1.- Lo anteriormente razonado, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, nos lleva a 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 todo lo demás.

2.- Sin imposición de costas (artículo 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 22 de marzo de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 738/2018, interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de noviembre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Oviedo, en el procedimiento núm. 614/2017, seguido a instancia de D. Ignacio contra Tiger Desing Construction S.L. y contra el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa).

2.- Casar y anular parcialmente la sentencia recurrida, conforme a lo expuesto, y, al resolver el debate en suplicación, estimar parcialmente 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 todo lo demás.

3.- Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.