



Roj: **STS 3991/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3991**

Id Cendoj: **28079140012020100961**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/11/2020**

Nº de Recurso: **4023/2018**

Nº de Resolución: **991/2020**

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

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 6869/2018,**  
**STS 3991/2020**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4023/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahún

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

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Social**

##### **Sentencia núm. 991/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D.<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 11 de noviembre 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 16 de mayo de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de suplicación nº 1226/2018, interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de septiembre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Elche en autos núm. 697/2016, seguidos a instancia de D. Leonardo contra Calzados Rayfra SL y el ahora recurrente.

Ha comparecido como parte recurrida D. Leonardo, representado y asistido por el Letrado D. Manuel Plaza Teva.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahún.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 4 de septiembre de 2017 el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Elche dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:



"PRIMERO.- D. Leonardo ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa Calzados Rayfra, SL, con categoría profesional de peón salario de 37,29 euros brutos diarios, incluidas pagas extras, a jornada completa en virtud de una relación de carácter fijo discontinuo.

El actor ha trabajado los siguientes periodos, en todos los casos mediante la suscripción de contratos eventuales por circunstancias de la producción cuyo objeto es el refuerzo de plantilla debido a aumento de pedidos para la actual campaña":

- 06/06/2011 a 29/07/2011
- 22/08/2011 a 09/09/2011
- 24/10/2011 a 23/12/2011
- 02/01/2012 a 24/02/2012
- 11/06/2012 a 31/07/2012
- 10/12/2012 a 15/02/2013
- 10/06/2013 a 31/07/2013
- 26/08/2013 a 20/09/2013
- 18/11/2013 a 20/12/2013
- 07/01/2014 a 28/02/2014
- 09/06/2014 a 31/07/2014
- 01/09/2014 a 10/10/2014
- 01/12/2014 a 31/01/2015
- 02/02/2015 a 27/02/2015
- 09/02/2015 a 27/03/2015
- 22/06/2015 a 07/08/2015
- 01/09/2015 a 30/09/2015
- 09/12/2015 a 11/03/2016
- 12/03/2016 a 23/03/2016
- 23/05/2016 a 24/06/2016

En total ha trabajado 887 días efectivos (176 anteriores al 12/02/2012 y 711 posteriores).

SEGUNDO.- En fecha 24/06/2016 la empresa le comunicó mediante carta el despido, con el siguiente contenido "La dirección de esta empresa en base a las facultades que le reconoce el Estatuto de los Trabajadores, le comunica que con fecha de hoy ha tomado la decisión de proceder a su despido, no debiendo por tanto acudir a trabajar a partir de dicho día.

La presente decisión se justifica por la situación de crisis económica irreversible por la que atraviesa la empresa motivada por la caída drástica de pedidos que hace inviable la continuidad de su puesto de trabajo, resultándonos imposible garantizarle una ocupación efectiva.

TERCERO.- Calzados Rayfra, SL ha despedido en las mismas fechas y por los mismos motivos a otros seis trabajadores. La empresa ha cesado en la realización de su actividad.

CUARTO.- El actor no ostentaba al tiempo del cese de la relación laboral ni con anterioridad la condición de representante sindical.

QUINTO.- Se ha intentado conciliación ante el SMAC".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Estimando parcialmente la demanda formulada por D. Leonardo contra la empresa Calzados Rayfra SL, declaro improcedente el despido del actor, declarando extinguida la relación laboral con efectos desde la fecha del despido el 24/06/2016, sin salarios de tramitación, condenando a la demandada a abonar al actor la cantidad de 3.206,22 euros en concepto de indemnización.

Sin perjuicio de la responsabilidad del FOGASA en caso de insolvencia".



**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Leonardo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 16 de mayo de 2018, en la que consta el siguiente fallo:

"Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. Leonardo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de Elche y su provincia, de fecha 4 de septiembre de 2017, en virtud de demanda presentada a instancia del recurrente contra Calzados Rayfra, S.L. (administradora concursal D<sup>a</sup>. Claudia), habiendo intervenido el Fondo de Garantía Salarial y revocamos en parte la sentencia recurrida en el sentido de extinguir la relación laboral en la fecha de la sentencia de instancia y condenar a la empresa demandada a abonar al demandante la cantidad de 3.848,33 € en concepto de indemnización y la cantidad de 7.308,84 € (37,29 € x 196 días) en concepto de salarios de tramitación."

**TERCERO.-** Por la representación del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), el recurrente propone como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 22 de marzo de 2018, (rollo 581/2018).

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 25 de abril de 2019 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Presentado escrito de impugnación por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal quien emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

**QUINTO.-** Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de noviembre de 2020, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. Recurre el FGS la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que estima en parte el recurso de suplicación del demandante inicial y, además de incrementar el importe de la indemnización, reconoce el derecho del trabajador a los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la sentencia del Juzgado de instancia.

Ésta declaró improcedente el despido, extinguiendo la relación contractual por haber adelantado el FGS la opción en favor de la indemnización en el acto del juicio. Para el cálculo de la indemnización, la sentencia de instancia toma en consideración la prestación de servicios hasta la fecha del despido. Por otra parte, no incluye la condena al pago de salarios de trámite.

2. El recurso de casación para unificación de doctrina que ahora formula el FGS alega contradicción con la sentencia de la misma Sala valenciana de 22 marzo 2018 (rollo 581/2018) que acogió un recurso de suplicación del mismo organismo rechazando que pudiera condenarse al pago de salarios de tramitación, tratándose allí también de un supuesto en que el FGS había ejercitado la opción en favor de la indemnización por incomparecencia de la empresa y constando que ésta se hallaba sin actividad.

3. Como señala el Ministerio Fiscal, concurre el imprescindible requisito de la contradicción exigido por el art. 219.1 LRJS, pues en las dos sentencias sometidas a comparación se trata de determinar cuáles son las consecuencias económicas del despido improcedente, en concreto, en relación con el abono o no de salarios de tramitación, cuando el FGS ejercita anticipadamente la opción que hubiera debido corresponder a la empresa.

**SEGUNDO.-** 1. El recurso de la Abogacía del Estado desarrolla un único motivo, en el que se denuncia la infracción del art. 110.1 a) LRJS, en relación con el art. 23.2 y 3 de la misma y con el art. 33 del Estatuto de los trabajadores (ET).

De este modo el FGS combate exclusivamente la condena al abono de salarios de tramitación impuesta por la sentencia recurrida, sin suscitar cuestión alguna respecto a la cuantificación de la indemnización; por lo que debemos ceñir nuestra respuesta al único extremo del fallo recurrido que es atacado en esta alzada.

2. Se nos plantea así una cuestión que ha sido objeto ya de múltiples pronunciamientos de esta Sala IV del Tribunal Supremo y sobre la que hemos fijado la doctrina ya consolidada, a la que hay que atenerse una vez más.



3. En primer lugar, la interpretación del art. 23.3 LRJS en relación con el art. 33.1 ET nos ha llevado a declarar que, en los supuestos de despido improcedente cuya opción siga el régimen general de atribución al empleador, la aplicación del art. 110.1 a) LRJS debe permitir que, ante la incomparecencia de aquél al acto del juicio, el FGS asuma su posición. Las razones para ello se hallan en la necesidad de preservar la propia defensa del FGS mediante el mecanismo previsto en la indicada norma procesal, dado que su obligación legal le va a convertir en acreedor de los efectos de la declaración de improcedencia del despido.

Hemos sostenido que esta posibilidad de ejercicio por parte de un tercero -el FGS- queda amparada por el art. 23.2 ET, que le autoriza a instar en el proceso "lo que convenga en Derecho", siempre que se den todas y cada una de las circunstancias siguientes: 1) la empresa no haya comparecido en el acto del juicio; 2) 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; 3) 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 4) que el FOGASA haya comparecido en el procedimiento en el momento de efectuar la opción ( STS/4ª/Pleno de 5 marzo 2019 -rcud. 620/2018-; seguida por STS/4ª de 10 abril 2019 -rcud. 3917/2017-, entre otras).

4. En segundo lugar, la Sala también ha precisado que el derecho de opción que el art. 110.1 b) LRJS otorga al trabajador demandante prevalece sobre el derecho de opción del FGS ( STS/4ª de 4 abril 2019 -rcuds. 4064/2017 y 1865/2018-, 13 febrero 2020 -rcuds. 1806/2018 y 2009/2018-, 17 marzo 2020 -rcud. 3425/2018 y 3752/2018-).

5. Y, precisamente, en relación con esa facultad ofrecida al trabajador por el art. 110.1 b) LRJS hemos sido conscientes de que su literalidad elude la mención a los salarios de tramitación, por lo que una interpretación estricta y literal de tal precepto llevaría a entender que no procede la condena a salarios de tramitación. Ahora bien, esta Sala ha considerado que la norma en cuestión exige una interpretación sistemática e integradora que relacione la misma con las previsiones del art. 56.3ET -que reconoce el derecho a salarios de tramitación cuando se da la opción tácita de la empresa por la readmisión-; así como de los arts. 278 a 286 LRJS. En particular, el art. 286.1 LRJS dispone que, "sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, cuando se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal, el juez dictará auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir que señala el apartado 2 del artículo 281". De esa conjunta interpretación hemos extraído la conclusión de que, en el caso de la opción a la que se refiere el art. 110.1 b) LRJS, la persona trabajadora que ha obtenido sentencia favorable declarando la improcedencia de su despido ostenta el derecho al percibo de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la extinción laboral.

La aplicación literal y estricta comportaría un perjuicio para quien ha sido injustamente despedido, beneficiando en cambio a la empresa que adoptó la decisión injusta y contraria a la Ley.

Esa interpretación satisface, además, los principios de tutela judicial efectiva en relación con el necesario resarcimiento del daño en igualdad de condiciones y de economía procesal. Y se justifica siempre que se den los dos siguientes requisitos: a) que la extinción de la relación laboral sea solicitada expresamente por el trabajador demandante; y, b) que en el acto del juicio se acredite la imposibilidad de su readmisión por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal ( STS/4ª de 19 y 21 julio 2016 -rcud. 338/2015 y 879/2015-, 28 noviembre 2017 -rcud. 2868/2015-, 13 marzo 2018 -rcud. 3630/2016-, y 12 febrero 2020 -rcud. 2988/2017-, entre otras).

Por último, esta doctrina coincide con la seguida por esta Sala con anterioridad a la LRJS (STS/4ª de 6 octubre 2009 -rcud. 2832/2008-).

5. En el presente caso la empresa no compareció al acto del juicio, consta acreditado que la empresa había cesado en su actividad, el trabajador no ostentaba la condición de representante legal o sindical y el FGS adelantó la opción por la indemnización en el momento del juicio. Ninguna duda pues podía haber sobre la posibilidad de adelanto de la opción por parte del FGS.

Sucede, sin embargo, que dicho adelanto no fue pedido por el trabajador y, por consiguiente, no estamos ante un supuesto de colisión entre los apartados a) y b) del art. 110.1 LRJS, como erróneamente parece entender la sentencia recurrida. El demandante inicial sigue insistiendo en su escrito de impugnación al recurso con que su postura procesal se ha definido por sostener que el FGS carecía de opción, negando pues todo adelanto.

En ningún momento del procedimiento ha habido solicitud de la parte trabajadora porque se adelantase la declaración de extinción del contrato al momento de la sentencia y, por ello, si esta declaración ha sido posible



en este caso es exclusivamente por la concurrencia de todos y cada uno de los elementos del art. 110.1 a) LRJS, cuya facultad de activación fue ejercitada por el FGS.

**TERCERO.-** 1. Lo que venimos exponiendo nos lleva a la estimación del recurso de casación para unificación de doctrina del FGS con la consecuencia de que hayamos de casar y anular en parte la sentencia recurrida en el sentido de desestimar en parte el recurso de suplicación del demandante y dejar sin efecto la condena al pago de salarios de tramitación, manteniendo el resto de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida.

2. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no procede la imposición de costas.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 16 de mayo de 2018 (rollo 1226/2018) recaída en el recurso de suplicación formulado por D. Leonardo contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Elche de fecha 4 de septiembre de 2017 en los autos núm. 697/2016, seguidos a instancia de D. Leonardo contra Calzados Rayfra SL y el ahora recurrente. En consecuencia, casamos y anulamos en parte la misma y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimamos en parte el recurso de dicha clase formulado por la parte actora contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Elche y dejamos sin efecto la condena al pago de salarios de tramitación, manteniendo el resto de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.