



Roj: **STS 1487/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1487**

Id Cendoj: **28079140012019100262**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/04/2019**

Nº de Recurso: **1988/2018**

Nº de Resolución: **297/2019**

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

Ponente: **CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 7236/2017,**  
**STS 1487/2019,**  
**AATS 7040/2019**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1988/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Concepcion Rosario Ureste Garcia

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 297/2019**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D. Angel Blasco Pellicer

D.<sup>a</sup>. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 9 de abril de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial, representado y asistido por el Abogado del Estado, contra la sentencia de fecha 21 de diciembre de 2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia en el recurso de suplicación núm. 3147/2017, formulado frente a la sentencia de fecha 10 de octubre de 2016, dictada en autos 923/2015 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo, seguidos a instancia de Don Virgilio contra D.<sup>a</sup>. Candida y el Fondo de Garantía Salarial, sobre despido.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Concepcion Rosario Ureste Garcia.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 10 de octubre de 2016, el Juzgado de lo Social nº 3 de Elche, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda formulada por D. Virgilio contra D.<sup>a</sup>. Candida, y declarar improcedente el cese efectuado el 23-9-2015, declarando, asimismo, extinguida la relación laboral con efectos desde la fecha del despido, condenando a D.<sup>a</sup>. Candida a estar y pasar por ambas declaraciones y a que abone a D. Virgilio, en concepto de indemnización, la cantidad de 1.458,60



E, sin que proceda condena a salarios de tramitación. Que, asimismo, debo estimar y estimo la pretensión sobre cantidad, formulada por D. Virgilio contra D<sup>a</sup>. Candida, condenando a D<sup>a</sup>. Candida a que abone al demandante por los conceptos señalados en demanda la cantidad de 2.809,09 €, así como la cantidad de 280,99 € en concepto de intereses por mora. Se absuelve al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sin perjuicio de sus futuras responsabilidades legales y de su obligación de asumir el relato fáctico de la presente resolución".

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO. Sobre las circunstancias laborales del demandante y sobre los hechos relativos al cese: I-. La parte actora prestó servicios por cuenta y orden de la empresa demandada desde el 19-9-2014 hasta el 23-9-2015. La categoría profesional era la de ayudante de camarero, siendo su salario diario de 40,80 €, con inclusión de pagas extras (1.241,18 x 12 / 365). II-. La empresa demandada procedió a cursar la baja en Seguridad Social del demandante con efectos desde el 10-9-2015, lo que fue comunicado al actor el 23-9-2015 por la TGSS cuando estaba disfrutando sus vacaciones. III-. La parte actora no ha ostentado la condición de representantes de los trabajadores. IV-. La empresa demandada ha cesado en su actividad y se encuentra cerrada. SEGUNDO. Sobre las circunstancias relativas a la cantidad reclamada: 1-. A la fecha del cese la parte actora tenía devengada la cantidad de 2.809,09 €, según el siguiente desglose: - Junio/2015: 910,20 €. - Agosto/2015: 947,31 €. - Septiembre/2015: 951,58 €. TERCERO. Formalidades del procedimiento y proceso: I-. Se ha agotado el intento de conciliación".

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, por la representación legal de D. Virgilio, se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, dictó sentencia en fecha 21 de diciembre de 2017, en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don Virgilio, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Elche de fecha 10 de octubre de 2016; y, en consecuencia, revocamos en parte la referida resolución en el sentido de elevar la indemnización a la cantidad de 2.805,00 €, y de extender la condena a los salarios de tramitación en la cantidad resultante de multiplicar los 40,80 diarios por los días que van desde el 23-09-2015 (despido) hasta la fecha de 10-10-2016 (sentencia de instancia), confirmándola en el resto de pronunciamientos que no se opongan al presente.- Sin costas".

**CUARTO.-** Frente a la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por el Abogado del Estado en representación 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 5 de mayo de 2016, así como la infracción de lo dispuesto en el art. 110.1.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en relación con el art. 23.2 y 3 de la misma LRJS y con el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores.

**QUINTO.-** No habiéndose sido impugnado, se pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, que dictaminó en el sentido de considerar que el recurso debe ser estimado. Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 4 de abril de 2019.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.** El núcleo casacional planteado por la Abogacía del Estado, en representación del Fondo de Garantía Salarial, gira en torno a la facultad del Organismo para anticipar el derecho de opción que le corresponde a la empresa en caso de despido improcedente, habiendo cesado ésta en su actividad y encontrándose cerrada.

Fundamenta la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de fecha 5 de mayo de 2016, rec 1306/2015, denunciando la infracción de lo dispuesto en el art. 110.1.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en relación con el art. 23.2 y 3 de la misma LRJS y con el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores.

La resolución impugnada había revocado en parte la sentencia de instancia en el sentido de elevar la indemnización a la cantidad de 2.805,00 €, y de extender la condena a los salarios de tramitación en la cantidad resultante de multiplicar los 40,80 diarios por los días que van desde el 23-09-2015 (despido) hasta la fecha de 10-10-2016 (sentencia de instancia), confirmándola en el resto de pronunciamientos que no se opusieran al mismo.

**2.** Por el Ministerio Fiscal, en el trámite prevenido en el artículo 223.6 LRJS, se informa la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina, indicando que se trata de unificar el efecto del previo anuncio de la opción, conforme al art. 110.1.a) LRJS, por el FOGASA compareciente en el acto del juicio oral.

**SEGUNDO.- 1.** Procede examinar con carácter prioritario la concurrencia o no del requisito de contradicción dispuesto en el artículo 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).



La jurisprudencia acuñada en esta materia expresa que, la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no exige una identidad absoluta, sí es necesario, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales."

También argumenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales. El requisito de contradicción comporta la necesidad de una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que, a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. Entre las más recientes resoluciones que recuerdan esta doctrina cabe citar las SSTs de fechas 18/12/2018, rcud 710/2017 o 4/12/2018, rcud 3547/2016 .

2. Al efecto destacamos los siguientes datos: en ambos supuestos los trabajadores han sido objeto de despido calificado de improcedente, habiendo cesado en su actividad y encontrándose cerradas las empresas demandadas (no consta una situación concursal). Concorre igualmente la circunstancia del anticipo de ejercicio de la opción por el FOGASA de conformidad con lo prevenido en el art. 110.1.a) de la LRJS , y la fundamentación de las dos sentencias comprende el examen de dicho precepto. Para la de contraste, se desprende la opción reclamada por el FOGASA de las amplias facultades que reconocen los apartados 2 y 3 del art. LRJS, aunque no figure en su literalidad reconocida en el citado 110.1.a) del mismo texto legal.

Sin embargo, concurren otros elementos, efectos y consecuencias que se muestran divergentes. La recurrida, aunque dice partir de la legitimidad del organismo público para solicitar en juicio la extinción de la relación laboral en los despidos improcedentes de empresas desaparecidas, posibilidad del citado art. 110.1.a) LRJS , seguidamente, respecto de los efectos de la opción, acude a las previsiones del apartado b) de la misma norma. La de contraste, por el contrario, aplica el primero con las consecuencias establecidas en el art. 56 ET , entendiendo extinguida la relación a la fecha del despido, sin que procedieren salarios de tramitación, revocando así la sentencia de instancia. Correlativamente los fallos se evidencian diferentes.

Debemos precisar aquí que la remisión operada por la sentencia que ahora se impugna al apartado b) del 110.1 LRJS, y la expresa referencia a "solicitud de la parte demandante", suscitó la duda de si efectivamente concurría en este supuesto el ejercicio de la opción por parte del trabajador -opción que hemos afirmado resulta preferente y prioritaria por ser personal frente a la del FOGASA-, provocando la providencia sobre eventual inadmisión, tras la que se formularon alegaciones por el Fondo y por el Ministerio Fiscal, sosteniendo la semejanza entre las comparadas y la falta de constancia del ejercicio de la opción por parte del trabajador.

Revisada esa referencia a la petición, se observa que el escrito de suplicación interpuesto por la parte actora, con invocación precisamente del apartado b) del art. 110.1 LRJS , incide en la circunstancia ya afirmada en demanda acerca de que la empresa se encontraba cerrada, habiendo aportado prueba específica a fin de acreditar ese extremo, y en consecuencia de la imposibilidad de que se llevase a cabo la readmisión del trabajador. De esta manera se entiende y sustenta la aplicación que realiza la sentencia recurrida, tras el análisis de la letra a) del antedicho precepto, de la vía y efectos del repetido apartado b) -apartado este que no ha sido objeto de denuncia en el escrito de casación unificadora, que tampoco cuestionaba esa voluntad del trabajador-. Y aunque la expresión "a solicitud de la parte demandante" la ciña la Sala de instancia a la dicción literal del precepto, ésta se infiere del propio esfuerzo probatorio que sostiene realizado el trabajador y de las alegaciones que posteriormente plasma en el recurso que articula en fase de suplicación, al que aquélla otorga la correlativa respuesta, evidenciando en definitiva la concurrencia de una voluntad de optar ante la inviabilidad para ser readmitido en una empresa sin actividad y cerrada. Revela así una circunstancia esencialmente diferente a la que concurre en la referencial.

Cabe señalar igualmente que resultaba superada de aquella forma la exigencia de constancia en sede fáctica del hecho atinente a la imposibilidad de readmisión, tal y como se perfila en STS Sala IV de fecha 14.02.2019 (rcud 1782/2017 ): "...en el art. 110.1.b) LRJS , cuando es la parte demandante (trabajador no titular del derecho a la opción) la que solicite expresamente en el propio acto del juicio que se acuerde, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia; puesto que en tal supuesto concreto la LRJS exige que conste un "hecho" concreto, los datos fácticos de los que se deduzca que no será posible la readmisión ("si constare no ser realizable la readmisión..."), – por analogía ex art. 286 LRJS sobre imposibilidad de readmitir al trabajador en ejecución definitiva de sentencia de despido ("... cuando se acreditase la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra



causa de imposibilidad material o legal ...) –, por lo que, en su caso, en los hechos probados de la sentencia, y con tal carácter, deberán constar los datos facticos de los que se pueda inferir tal imposibilidad de readmisión”.

La Sala ha tenido ocasión de analizar esta cuestión, entre otros en los AATS de 16 de enero de 2019 (rcud 1195/2018 ), 7 de noviembre de 2018 (rcud 881/2018 ) o de 6 de noviembre de 2018 (rcud 1397/2018 ) alcanzando en esos procedimientos la conclusión de que los supuestos de hecho no son homogéneos ni tampoco el alcance de los debates, al igual que acaece en el caso actual.

Ya hemos relatado aquí la concurrencia de opciones y la argumentación por la Sala de suplicación de las diferencias entre el art 110.1 a ) y b), con sus derivaciones, mientras que la de contraste cuestiona exclusivamente la propia posibilidad del optar por parte del Fogasa, en el ejercicio del art 110.1 a) LRJS , con las consecuencias aparejadas de dicho precepto: que la indemnización se calcule hasta la fecha del despido, y sin que procedan salarios de tramitación. La única referencia al apartado b) del precepto es la que transcribe de otra sentencia de la misma Sala que señalaba su no aplicación al asunto entonces enjuiciado.

Y como igualmente se apuntó más arriba, tampoco el examen de este último apartado del precepto ha sido objeto de tratamiento específico en el recurso aquí articulado, ni desde la perspectiva de la contradicción (la sentencia citada al efecto no es válida a tal fin en tanto no lo abordó, ausente el elemento que hubiere sustentado su cobertura), ni menos aún desde el plano normativo.

**3.** Las consideraciones expresadas nos llevan a afirmar, oído el Ministerio Fiscal, que el recurso, que debió en su día ser inadmitido por falta de contradicción, en el presente trámite ha de ser desestimado, habida cuenta de que cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación ( SSTS 03/04/92 - rcud 1439/91 ; 18/06/14 -rcud 1848/13 ; y 21/07/14 -rcud 2876/13 , expuestas por la más reciente de 22 de noviembre de 2018, rcud 137/2017 ), confirmando y declarando la firmeza de la resolución impugnada. No habiéndose impugnado el recurso, no procede pronunciamiento sobre las costas.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial, representado y asistido por el Abogado del Estado.

Declarar la firmeza de la sentencia de fecha 21 de diciembre de 2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia en el recurso de suplicación núm. 3147/2017 , formulado frente a la sentencia de fecha 10 de octubre de 2016, dictada en autos 923/2015 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo , seguidos a instancia de Don Virgilio contra D<sup>a</sup>. Candida y el Fondo de Garantía Salarial, sobre despido.

Sin costas

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

Así se acuerda y firma.