



Roj: **STS 770/2020 - ECLI:ES:TS:2020:770**

Id Cendoj: **28079140012020100126**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/02/2020**

Nº de Recurso: **1806/2018**

Nº de Resolución: **142/2020**

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

Ponente: **CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CL 747/2018,**
STS 770/2020

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1806/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Concepción Rosario Ureste García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 142/2020

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D.^a. María Lourdes Arastey Sahún

D.^a. María Luz García Paredes

D.^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 13 de febrero 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 el Abogado del Estado, contra la sentencia de fecha 28 de febrero de 2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León Burgos, en el recurso de suplicación núm. 59/2018, formulado frente a la sentencia de fecha 19 de octubre de 2017, dictada en autos 446/2017 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Burgos, seguidos a instancia de Doña Florencia contra la empresa Grupo Textil Madroñal SL, con intervención del Fondo de Garantía Salarial, sobre despido.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Concepción Rosario Ureste García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 19 de febrero de 2017, el Juzgado de lo Social 3 de Burgos, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando como estimo la demanda interpuesta por Doña Florencia contra la empresa Grupo Textil Madroñal SL, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de la demandante, así como la extinción de la relación laboral que une a las partes con fecha de efectos de esta resolución, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración y a abonar a la demandante 24.902,18 € en concepto de indemnización y 6.472,94 € por salarios dejados de percibir desde



la fecha del despido (2.6.17) hasta la presente resolución. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder al FOGASA en los términos y con los límites del Art. 33 ET."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: PRIMERO .- La demandante, Doña Florencia , comenzó a prestar servicios para la empresa demandada el día 14.6.14, ostentando la categoría profesional de dependienta-vendedora A, centro de trabajo en Aranda de Duero, jornada a tiempo completo, reducida en un 25% por cuidado de familiar, y un salario de 1416.44 €/mes, incluida la prorrata de pagas extras.- SEGUNDO.- Dicha prestación tuvo lugar hasta el día 2.6.17, en que la empresa dio por concluida la relación laboral que mantenía con la trabajadora en virtud de comunicación de 30.5.17, que consta como documento 3 de la parte actora y se da por reproducida. La empresa se encuentra actualmente de baja y sin actividad. TERCERO .- No consta que la actora ostente o haya ostentado la cualidad de representante de los trabajadores. CUARTO .- En fecha 9.6.17 se presentó papeleta de conciliación ante la UMAC, celebrándose el acto en fecha 30.6.17, con el resultado de sin efecto.

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal del Fondo de Garantía Salarial, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, la cual dictó sentencia en fecha 28 de febrero de 2018, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, frente a la sentencia de que dimana el presente rollo dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Burgos de fecha 19 de Octubre de 2017, en autos número 446/2017, seguidos a instancia de DOÑA Florencia , contra GRUPO TEXTIL MADROÑAL y Fogasa, en reclamación sobre Despido, y en su consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas"

CUARTO.- Contra 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 1 de febrero de 2017, 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.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso e impugnado el recurso por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar procedente la estimación del recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13 de febrero de 2020, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión casacional planteada por la Abogacía del Estado, en la representación que ostenta del Fondo de Garantía Salarial, gira en torno a los artículos 110.1.a) de la LRJS, 23.2 y 3 del mismo texto legal y art. 33 del ET; versa acerca de si dicho organismo tiene facultades para anticipar el derecho de opción que corresponde a la empresa, en caso de despido improcedente, cuando ésta no comparece en el acto del juicio y no es posible la readmisión.

La sentencia recurrida es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-León (sede Burgos) en fecha 28.02.2018. La resolución de instancia declaró improcedente el despido de la actora (la empresa estaba de baja y sin actividad, no compareciendo en juicio) calculando la indemnización a la fecha de la sentencia y abono de los salarios dejados de percibir, y descartando la postura del FOGASA ante la solicitud de extinción de la relación laboral por parte de la trabajadora. El pronunciamiento resulta confirmado, acudiendo la Sala a criterios de literalidad, finalista y sistemático.

2. El Ministerio Fiscal informa la estimación del recurso entendiendo que el Fogasa puede ejercitar el derecho de opción del empresario con plenos efectos, convirtiéndose por disposición legal en el único titular de la opción cuando ésta hubiere correspondido al empresario.

La parte recurrida impugna el recurso, cuestionando en primer término la concurrencia de la identidad necesaria, para sostener luego la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- 1. Con carácter previo, efectivamente, ha de analizarse la concurrencia del requisito de contradicción previsto en el artículo 219.1 LRJS y cuestionado por las anteriores. Exigen el legislador y la jurisprudencia 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 otras, recuerdan esta doctrina las SSTs de fechas 28.02.2019, rcud 1576/2017 y 9.05.2019, rcud 313/2018.



La sentencia seleccionada de contraste, tras el requerimiento al efecto realizado, es la dictada por la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, de 1 de febrero de 2017 (Rec. 570/2016). Desestima el recurso de suplicación formulado 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, considera correctamente calculada la indemnización.

2. De la comparación entre las sentencias objeto de contraste se desprende, sin necesidad de mayores argumentaciones que concurre el requisito del art. 219 en cuestión. La sentencia recurrida parte de las previsiones del artículo 110.1.a) de la LRJS, en un recurso planteado por FOGASA, a efectos de determinar si este organismo puede ocupar la posición de titular de la opción en el despido calificado de improcedente -en consecuencia, el alcance económico de la declaración correlativa-, concluyendo la prevalencia de la opción que también formuló la parte actora, por la vía del art. 110.1.b) LRJS. En la sentencia de contraste, aunque se resuelve sobre esta última norma, lo que se examina concretamente es si procede la indemnización calculada más allá de la fecha del despido y hasta la de la sentencia que declara el despido improcedente, bajo un debate iniciado con la misma premisa que en la de la sentencia ahora impugnada: si se ejercita una opción por FOGASA y otra por el propio trabajador cuál de las dos debe primar, previa argumentación sobre la titularidad que ostenta FOGASA a esos efectos, en virtud del art. 110.1.a) LRJS.

La contradicción surge porque en el caso de la sentencia recurrida se ha otorgado prevalencia a la solicitud del trabajador, denegándosele al organismo público, mientras que en la referencial la decisión adoptada es la contraria: se deniega el derecho a la trabajadora por residenciar el derecho de opción en el FOGASA.

TERCERO.- 1. El escrito de recurso se estructura en un único motivo en el que se denuncia la infracción por la sentencia de instancia del art. 110.1.a) de la LRJS, en relación con el art. 23.2 y 3 del mismo texto legal, con el art. 33 del ET, y la jurisprudencia. Sostiene, en esencia, la facultad de ejercer anticipadamente la opción en este caso de declaración de improcedencia del despido e incomparecencia del empresario a juicio, concurriendo elementos de los que se infiere la imposibilidad de readmisión.

2. El núcleo debatido ha sido objeto de examen y enjuiciamiento por esta Sala IV, unificando la doctrina en STS (Pleno) de 5 de marzo de 2019, Rjud. 620/2018, en la que establecimos lo siguiente: "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 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".

Pronunciamientos posteriores reiteran dicha doctrina, señalando, en orden a la eficacia de la opción que hubiere realizado el organismo público (SSTS de 4.04.2019 rjud 1865/2018 y 4064/2017, entre otras) que: "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".

En el actual supuesto, el trabajador ha ejercitado la opción correspondiente de conformidad con lo establecido en el artículo 110.b) LRJS. Tal opción es preferente y prioritaria por ser personal frente a la del FOGASA que es sustitutiva de la titular inicial -la empresa-, por lo que estando presentes las circunstancias que prevé el apartado b) del artículo 110 LRJS, la opción allí atribuida -al tratarse de una previsión especial ligada a la concurrencia de unas determinadas circunstancias- ha de prevalecer respecto de la genérica opción establecida en el apartado a) de dicho precepto a favor de quien resultare ser titular de la opción.

En consecuencia, aunque la recurrida no se ajusta a la doctrina relatada en el extremo atinente a la negativa al FOGASA del ejercicio del correspondiente derecho, sin embargo, "existe una situación que no debe ser obviada a la hora de resolver el debate que se ha planteado" (rcud 2009/2018 deliberado en esta misma fecha), habida cuenta la situación de concurrencia en las opciones y la prevalencia que hemos afirmado de la que efectuare el trabajador.

CUARTO.- Las consideraciones anteriores determinan que, para el supuesto examinado, se estime en parte el recurso en cuanto a las facultades del FOGASA en sustitución de la empresa, casando y anulando en este extremo la sentencia de suplicación recurrida, pero dejándola inmodificada respecto a la solución final que adopta, confirmando la indemnización y salarios de tramitación que fija 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

Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), contra la sentencia de fecha 28 de febrero de 2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León Burgos, en el recurso de suplicación núm. 59/2018, estimación que lo es, conforme a lo expresado en la precedente fundamentación jurídica, en cuanto a las facultades del FOGASA en sustitución de la empresa, casando y anulando en parte y en ese concreto 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 su derecho de opción.

Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.