



Roj: **STS 836/2020 - ECLI:ES:TS:2020:836**

Id Cendoj: **28079140012020100139**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/02/2020**

Nº de Recurso: **2009/2018**

Nº de Resolución: **143/2020**

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

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CL 807/2018,**  
**STS 836/2020**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2009/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes

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

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

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

##### **Sentencia núm. 143/2020**

Excmas. Sras. y Excmo. Sr.

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

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

D.<sup>a</sup>. María Luz García Paredes

D.<sup>a</sup>. 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 (FOGASA), representado y asistido por la Abogada del Estado, contra la sentencia dictada el 7 de marzo de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- León, sede de Burgos, en el recurso de suplicación nº 76/2018, interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de octubre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Burgos, en autos nº 445/2017, seguidos a instancia de Doña Luz contra la empresa Grupo Textil Madroñal, S.L., habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha comparecido en concepto de recurrido Doña Luz, representada y asistida por la letrada Doña Isabel Ferreiro García.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 19 de octubre de 2017, el Juzgado de lo Social nº 3 de Burgos, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando como estimo la demanda interpuesta por Doña Luz 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 33.528,88 € 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.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO.- La demandante, Doña Luz , comenzó a prestar servicios para la empresa demandada el día 1.9.97, 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 hijo, 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.-** Contra la anterior sentencia, por la representación legal del Fogasa, se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- León, sede de Burgos, dictó sentencia en fecha 7 de marzo de 2018, en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA), frente a la sentencia de fecha 19 de octubre de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social no 3 de Burgos en autos número 445/2017 seguidos a instancia Da Luz , contra GRUPO TEXTIL MADROÑAL S.L., en reclamación sobre despido y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida. Sin costas".

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- León, sede de Burgos, por la Abogada del Estado, en representación del Fogasa, se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de 1 de febrero de 2017 (rec. 570/2016).

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar el recurso procedente. Se señaló para la votación y fallo el día 13 de febrero de 2020, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Planteamiento del recurso.

#### 1.- Objeto del recurso.

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) ostenta el derecho de opción que el art. 110.1 a) de la LRJS otorga al empleador demandado y cómo debe operar éste cuando el trabajador ejercita su derecho del art. 110.1 b) de la citada Ley.

El FOGASA ha formulado el citado recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-León, sede en Burgos, el 7 de marzo de 2018, en el recurso de suplicación seguido bajo el número 76/2018, por la que se confirmaba la sentencia dictada el 19 de octubre de 2017 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Burgos, en los autos núm. 445/2017, en la que se declaraba la improcedencia del despido de la demandante, con derecho a la indemnización por despido y salarios de tramitación que señala y condenando a la empresa demandada al pago de aquellas cantidades, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder a FOGASA

En dicho recurso de unificación de doctrina se invoca como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Sevilla, de 1 de febrero de 2017, rec. 570/2016, citando como preceptos legales infringidos el art. 110.1 a), en relación con el art. 23.2 y 3 de la LRJS y art. 33 del ET.

#### 2.- Impugnación del recurso.

El recurso ha sido impugnado por la parte recurrida considerando que no existe identidad entre los supuestos de la sentencia impugnada y la de contraste al no darse en este una situación de inactividad o cese en la actividad que es el supuesto al que se aplica la opción del art. 110 de la LRJS. En todo caso, entiende que la



doctrina correcta es la de la sentencia recurrida que recoge la de esta Sala de 14 de noviembre de 2017, rcud 244/2016, y 28 de noviembre de 2017, rcud 2868/2015, entre otras.

### 3.- Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que interesa la estimación del recurso, partiendo de la existencia de contradicción entre los supuestos contrastados que en orden a la inactividad de la empresa presentan la misma situación. Estimación que la justifica con base en la doctrina de esta Sala, recogida en sentencia de 5 de marzo de 2019, a la que le han seguido las de 4 y 910 de abril de 2019, entre otras.

## **SEGUNDO. -Sentencia recurrida.**

### 1.- Hechos probados de los que se debe partir

Según los hechos probados, se presentó demanda por despido frente a la comunicación remitida por la empresa a la trabajadora, en la que daba por extinguida la relación laboral con efectos de 30 de mayo de 2017. La empresa en el momento del acto de juicio se encontraba sin actividad y de baja.

La sentencia del Juzgado de lo Social dictó sentencia en la que, estimando la demanda, declaró la improcedencia del despido, con extinción del contrato y derecho de la demandante a percibir las cantidades que fija en concepto de indemnización por despido y salarios de tramitación hasta la fecha de dicha sentencia, condenando a la demandada al pago de dichas cantidades, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran recaer sobre FOGASA.

### 2.- Debate en la suplicación.

El FOGASA interpone recurso de suplicación que es resuelto por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-León, sede en Burgos, desestimando el recurso y confirmando la sentencia dictada en la instancia.

La Sala de lo Social considera que ante la opción realiza por el trabajador de que se procede a la extinción del contrato de trabajo y acreditada la falta de actividad de la parte demandada, debe hacerse efectiva esa opción con las consecuencias legales que le otorga el art. 110.1 b) de la LRJS, sin que tenga alcance alguno la que pueda realizar FOGASA que no es titular del derecho de opción.

## **TERCERO. -Examen de la contradicción**

### 1.- Doctrina general en materia de contradicción.

El art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de 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 se exige una identidad absoluta, sí es preciso, 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".

Por otra parte, 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.

### 2.- Sentencia de contraste

La sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Sevilla, de 1 de febrero de 2017, rec. 570/2016, resuelve un recurso interpuesto por la trabajadora a fin de que se le extendiera su derecho a la indemnización por despido hasta la sentencia que declaraba la extinción del contrato.

A los efectos que aquí interesan, el trabajador fue objeto de una extinción del contrato por causas objetivas que impugnó judicialmente. La empresa no compareció al acto de juicio, realizando tanto la parte actora como FOGASA la opción del art. 110 de la LRJS para que se procediera a la extinción del contrato y se calculase la indemnización hasta la fecha del despido (22 de julio de 2014). Se declaró probado que la empresa estaba de baja y sin actividad

El Juzgado de lo Social declaró improcedente el despido, con extinción del contrato, fijando como importe de la indemnización la cantidad calculada hasta la fecha del despido.

El demandante interpuso recurso de suplicación para que se calculase la indemnización hasta la fecha de la sentencia (19 de junio de 2015), al haber efectuado dicha parte la opción que le otorga el art. 110.1 a) de la LRJS

La Sala de lo Social dicta sentencia desestimatoria del recurso, confirmando la decisión de instancia al entender que debe prevalecer la opción de FOGASA sobre la del trabajador.



### 3.- Sentencias con pronunciamientos contradictorios

Entre las sentencias existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios.

En efecto, en ambos casos se cuestiona si la sentencia que declara extinguida la relación laboral por inactividad de la empresa, debe fijar la indemnización hasta la fecha de la sentencia o a la del despido, cuando trabajador y FOGASA ha pedido en el acto de juicio que se proceda conforme a lo que dispone el art. 110 de la LRJS.

En ningún momento se indica en las sentencias contrastadas que el derecho de opción le corresponda en aquellos casos al trabajador, con lo que también hay identidad en esta circunstancia.

#### **CUARTO.** - Motivo de infracción de norma

##### 1.- Preceptos legales denunciados como infringidos.

Como se ha indicado anteriormente, la parte recurrente denuncia como normas infringidas el art. 110.1 a) de la LRJS, en relación con el art. 23.2 y 3 de la citada ley procesal y art. 33 del ET.

Según FOGASA, la sentencia debe ser casada porque la resolución recurrida le ha negado el derecho de opción que le corresponde cuando la empresa no comparece al acto de juicio y, con base en ello, debería haberse calculado la indemnización por despido hasta la fecha de efectos del mismo y no hasta la de la sentencia que declara la improcedencia de la extinción.

##### 2.- Doctrina de la Sala

La cuestión suscitada en el recurso ya ha sido resuelta por esta Sala en las SSTs 4 de abril de 2019, rcuds. 4064/2017 y 1865/2018.

En concreto, la de 4 de abril de 2019, rcud 4064/2017, tras recoger lo dispuesto en los preceptos legales que se denuncian, al referirse al debate que aquí se formula, sobre las facultades de FOGASA en orden al art. 110.1 de la LRJS, cuando la empresa no comparece al acto de juicio y hay constancia de que la empresa ha cesado en su actividad, razona en los siguientes términos para justificar el derecho del citado Organismo a formular el derecho de opción del citado artículo: "<... La relación de tales facultades legales [art. 23.3. LRJS]... amén de lo que comporta la declaración legal ( art 33.1ET ), de su obligación legal de abonar los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario, que lo constituye automáticamente acreedor igualmente normativo de tales importes frente a la empresa supone que ya anticipadamente y en esa condición de responsable subsidiario, puede asumir en el procedimiento el lugar de ésta (la empresa) cuando la misma no concurre a tal acto imposibilitando así su propia defensa, al menos en los concretos aspectos que esté previstos de forma igualmente legal, como sucede con la precisión del art. 110.1.a) de la LRJS , que señala que "en el acto de juicio, la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización podrá anticipar su opción, para el caso de declaración de improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 111 y 112 ">>.

<< La Sala entiende la dificultad de considerar que el derecho de opción no se ejercite por su titular y lo haga un tercero -el FOGASA- que, en principio es ajeno a la relación laboral, siendo, como se decía, un garante subsidiario en las cantidades previstas en el artículo 33 ET . No obstante, esta posición está extraordinariamente reforzada en el aspecto procesal, como se indica en el referido artículo 23 ET y concordantes. 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.

Y así, resulta claro que el organismo de garantía puede instar que se anticipe dicha opción en tal sentido (indemnización) en un caso de las características del presente, donde la empresa, de hecho, se halla de todo punto imposibilitada de readmitir por su cierre mismo y por las demás circunstancias en las que se encuentra, ya enumeradas, de modo que no le quedaría más, de poder haberse manifestado, que instar que se señalase la indemnización pertinente, que va de suyo, al haber desaparecido, en efecto, toda posibilidad real y efectiva de readmisión, la cual, de haberla propuesto, supondría un ejercicio de absoluta incongruencia con la realidad si no de un hipotético intento fraudulento con no se sabe qué objeto, por lo que si el FOGASA, como subrogado



en su lugar, lo que ha hecho ha sido cumplir con una previsión a la par que requisito material y procesal, ha de concluirse que le asistía todo el derecho -e incluso el deber- en ese sentido, velando así por los intereses públicos ( art 23.1 de la LRJS ) cuya defensa tiene asignada >>

En este extremo es evidente que la sentencia recurrida no se ajusta a la doctrina de la Sala en cuanto que niega al FOGASA un derecho que le corresponde.

Ahora bien, aunque la parte recurrente ostente el derecho que aquí reclama, resulta que existe una situación que no debe ser obviada a la hora de resolver el debate que se ha generado.

En efecto y como viene a señalar la sentencia que venimos citando, el ejercicio del derecho de opción del art. 110.1 a) de la LRJS que ha solicitado FOGASA concurre con la otra opción que el art. 110.1 b) otorga al trabajador, cuando la aplicación de un apartado u otro tiene diferentes consecuencias económicas.

Pues bien, esta Sala ha dicho que no puede prevalecer la de FOGASA sobre la del trabajador. Así se ha dicho 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".

La doctrina que se acaba de exponer lleva a confirmar en este concreto extremo lo decidido por la sentencia recurrida, por cuanto que, en este caso, ambas partes formularon su petición de extinción del contrato por inactividad de la empresa, el trabajo por derecho propio y FOGASA, en sustitución del titular de la opción, lo que permite primar el que corresponde al trabajador, con las consecuencias económicas que fijó la sentencia recurrida.

**QUINTO.-** Lo anteriormente razonado, oído el Ministerio Fiscal, permite concluir en el sentido de 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; 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 :

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 7 de marzo de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede en Burgos, en el recurso de suplicación nº 76/2018, interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de octubre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Burgos, en autos nº 445/2017, seguidos a instancia de Doña Luz contra la empresa Grupo Textil Madroñal, 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 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 .

3.- Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.