



Roj: **STS 1018/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1018**

Id Cendoj: **28079140012020100173**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/03/2020**

Nº de Recurso: **1777/2018**

Nº de Resolución: **236/2020**

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

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJSO 218/2017,**
STSJ AS 184/2018,
STS 1018/2020

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1777/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 236/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D.^a. María Luz García Paredes

D.^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 11 de marzo 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 Sr. Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 30 de enero de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en recurso de suplicación nº 2969/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 9 de octubre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Oviedo, en autos nº 601/2017, seguidos a instancias de D. Leopoldo contra la empresa Florin Doru Barbu y el Fondo de Garantía Salarial sobre despido y reclamación de cantidad.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Leopoldo representado y asistido por el letrado D. José Manuel González Carrillo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 9 de octubre de 2017, el Juzgado de lo Social nº 1 de Oviedo, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:



"Que estimando parcialmente la demanda formulada por D. Leopoldo contra la empresa Florin Doru Barbu y el Fondo de Garantía Salarial debo declarar y declaro improcedente el despido del actor efectuado por la empresa demandada con fecha 11 de julio del año 2.017, teniendo por hecha la opción a favor de la indemnización, declarando extinguida la relación laboral desde el día de la fecha, condenando a la empresa Florin Doru Barbu a estar y pasar por ésta declaración y a abonar al actor la cantidad de mil trescientos noventa y un euros con diecinueve céntimos (1.391,19 euros) de indemnización y cuatro mil ciento treinta y nueve euros con diez céntimos (4.139,10 euros) de salarios de tramitación y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Fondo de garantía salarial en los supuestos y límites legalmente establecidos."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- Leopoldo , cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de su demanda, comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada por medio de un contrato indefinido el día 14 de noviembre de 2.016, ostentando la categoría profesional de oficial de primera, percibiendo un salario bruto diario, a efectos indemnizatorios, de 45,99 euros, siendo de aplicación a la relación laboral el Convenio colectivo del sector de trabajos forestales y aserraderos de madera del Principado de Asturias.

SEGUNDO.- El día 11 de julio de 2.017 la empresa le entregó comunicación en los siguientes términos "Muy Señor Nuestro: Este empresario le comunica, en base a las facultades del artículo 54.2 del Estatuto de los trabajadores, que ha tomado la decisión de dar por rescindido su contrato de trabajo, procediendo a su despido disciplinario.

Las razones que fundamentan esta decisión son la disminución del rendimiento y la falta de puntualidad y ausencia a su puesto de trabajo. La empresa considerar que usted ha bajado su rendimiento de manera deliberada por lo que creemos se han producido conductas que consideramos abuso de confianza en el desempeño del trabajo, además se le requirió en numerosas ocasiones para que aumente su rendimiento y usted ha ignorado tales advertencias. Es precisamente su comportamiento en este aspecto el que ha originado que la empresa tenga que tomar esta medida disciplinaria, pues dichos actos son considerados como falta muy grave.

Como quiera que los hechos expuestos son motivo de despido disciplinario, a tenor del citado artículo 54 del Estatuto de los trabajadores, se ha acordado despedirle con efectos del día de hoy teniendo a su disposición a partir de este momento el correspondiente finiquito.

Sin otro particular, le saluda atentamente". La empresa figura dada de baja en la seguridad social desde el 11 de julio de 2.017.

TERCERO.- El demandante no es ni ha sido representante de los trabajadores.

CUARTO.- Se celebró acto de conciliación el día 16 de agosto de 2.017 que terminó con el resultado de intentado sin efecto."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el Fondo de Garantía Salarial formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó sentencia en fecha 30 de enero de 2018, en la que consta el siguiente fallo:

"Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el FONDO DE GARANTIA SALARIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº Uno de Oviedo, dictada en los autos seguidos a instancia de Leopoldo contra la empresa FLORIN DORU BARBU y la Entidad recurrente, sobre Despido, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, el Sr. Abogado del Estado en representación del FOGASA 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 TSJ de Andalucía, sede en Sevilla, de fecha 1 de febrero de 2017, rec. suplicación 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 que el recurso debe ser estimado. Se señaló para la votación y fallo el día 11 de marzo de 2020, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- 1.- Es objeto del presente recurso la sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 30 de enero de 2018 (rec. 2969/2017).

Consta en dicha sentencia que el trabajador fue despedido por causas disciplinarias el 11 de julio de 2017. Dicho despido se declaró improcedente en instancia y se tuvo por hecha la opción por la readmisión y extinguida la relación laboral desde la fecha de la sentencia de instancia con la correspondiente condena a la empresa a estar y pasar por dicha declaración y a abonar la indemnización y los salarios de tramitación hasta la fecha de la sentencia, con condena subsidiaria del FOGASA dentro de los límites legalmente establecidos. El FOGASA solicitó la extinción de la relación laboral en el acto del juicio ante la incomparecencia del empresario, por encontrarse en paradero desconocido.

2.- La Sala de suplicación concluye que de la interpretación literal de la letra a) del artículo 110.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la opción es, en este caso, únicamente del empresario, y en la letra b) del demandante, por lo que no es posible extender tal derecho al organismo recurrente.

Respecto de los salarios de tramitación se remite a la doctrina de la Sala Cuarta que consideró que la opción prevista en el art. 110.1 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social implica el devengo de salarios de tramitación hasta la fecha de la sentencia que declara resuelta la relación laboral.

SEGUNDO.- 1.- Recurre en casación para la unificación de doctrina el Abogado del Estado, designando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de 1 de febrero de 2017, (rec. 570/2016).

En el caso examinado en dicha sentencia, la actora fue despedida por causas objetivas el 22 de julio de 2014. La empresa estaba de baja y sin actividad.

Frente a la sentencia que declaró improcedente el despido la actora recurrió en suplicación pretendiendo que la indemnización se calculase hasta la fecha de la sentencia, no hasta la fecha del despido como había fijado el juez de instancia. La sentencia de contraste desestima el recurso 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 y que la había ejercitado 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, la sentencia considera correctamente calculada la indemnización.

2.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan 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", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013) y 17/06/2014 (R. 2098/2013).

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, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

3.- Entre las sentencias comparadas, ha de estimarse que concurren las exigencias del art. 219 LRJS, siendo contradictorias pues ante supuestos sustancialmente iguales las sentencias resuelven de forma dispar; sin que a ello obste que en la recurrida se contemple un supuesto que aborda el cálculo de la indemnización y de los salarios de tramitación, mientras en la de contraste únicamente el de la indemnización.

4.- Por la parte demandante, ahora recurrida, se impugna el recurso interesando su desestimación y confirmación de la sentencia recurrida.

El Ministerio Fiscal emitió informe en el que interesa la estimación del recurso, en el sentido resuelto por esta Sala en la STS/IV -Pleno- de 5 de marzo de 2019 (rcud. 620/2018).



TERCERO.- 1.- Superado el requisito de la contradicción, procede examinar el motivo único de recurso que formula la recurrente al amparo de lo dispuesto en el art. 224.1 y 2 en relación con el art. 207 e) todos ellos de la LRJS.

Estima la recurrente que la sentencia recurrida infringe el ordenamiento jurídico, y en particular el art. 110.1 a) de la LRJS, en relación con el art. 23.2 de la misma norma procesal, y con el art. 33 del ET, y jurisprudencia.

2.- Como señala esta Sala IV/ TS en sentencia de 5 de marzo de 2019 (rcud. 620/2018), y otras que la han seguido:

<<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 definitiva se estima válida la opción ejercitada por el organismo público, cuando concurren tales circunstancias, que asimismo se aprecian en el supuesto ahora examinado, en el que la empresa no compareció al acto de juicio oral, y consta que ha cesado en su actividad, con lo cual deviene imposible la readmisión del trabajador.

Habiendo comparecido al acto de juicio oral el FOGASA, que ejercita la pretensión de anticipar la opción por la indemnización al amparo de lo dispuesto en el art. 110.1 a) de la LRJS, sin que la haya ejercitado el demandante, que en todo caso sería preferente y prioritaria a la del FOGASA que la efectúa en sustitución de la empresa.

Ello tiene como consecuencia, que los salarios queden limitados en los términos previstos en el art. 56 ET, en cuanto establece que "la opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producido en la fecha del cese efectivo en el trabajo".

CUARTO.- Por cuanto antecede, procede la estimación del recurso formulado por el FOGASA, en los términos señalados por el Ministerio Fiscal en su informe, casando y anulando la sentencia recurrida, y resolviendo el debate en suplicación, estimar el recurso de tal naturaleza formulado por el FOGASA, revocando la sentencia de instancia en el punto relativo a la responsabilidad del organismo recurrente, sin que proceda el abono de los salarios desde la fecha del cese al de la fecha de la sentencia, y sin que proceda el abono de los salarios de tramitación, revocándose en este extremo dicha resolución, manteniendo los restantes pronunciamientos que contiene. 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

:



1º.- 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 30 de enero de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en recurso de suplicación núm. 2969/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 9 de octubre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social núm 1 de Oviedo, en los autos núm. 601/2017, seguidos a instancia de D. Leopoldo contra la empresa Florin Doru Barbu y contra el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA).

2º.- Casar y anular en parte la sentencia recurrida, conforme a lo expuesto, y resolver el debate en suplicación, estimando parcialmente el recurso de tal naturaleza en cuanto a las facultades del FOGASA en sustitución de la empresa, revocando en este extremo la sentencia recurrida, dejándola inmodificada en todo lo demás.

3º.- Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ