



Roj: **STS 299/2021 - ECLI:ES:TS:2021:299**

Id Cendoj: **28079140012021100094**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/02/2021**

Nº de Recurso: **1102/2019**

Nº de Resolución: **122/2021**

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

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 3918/2018,**
STS 299/2021

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1102/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Lourdes Arastey Sahún

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 122/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Ángel Blasco Pellicer

D.^a. María Luz García Paredes

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 1 de febrero de 2021.

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 26 de diciembre de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el recurso de suplicación nº 2612/2018, interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de julio de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Mieres en autos núm. 303/2018, seguidos a instancia de D. Jenaro contra Representaciones y Exclusivas Fonseca S.L. y el Fondo de Garantía Salarial.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Lourdes Arastey Sahún.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de julio de 2018 el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Mieres dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"1º.- El actor, Jenaro, concertó contrato de trabajo con la empresa Exclusivas Óscar Fonseca S.L., dedicada al comercio al por mayor de bebida en fecha 3 de junio de 2008, para la prestación de servicios propios de conductor-repartidor.



El 1 de diciembre de 2008 convienen las partes la conversión en contrato indefinido a tiempo completo del inicial vínculo, concertado bajo la modalidad temporal.

Figuró de alta el actor en la Seguridad Social en la empresa Exclusivas Óscar Fonseca S.L. el periodo comprendido entre el 3 de junio de 2008 al 11 de julio de 2010.

El 12 de julio de 2010 causa alta en la empresa Representaciones y Exclusivas Fonseca S.L.. Continuó realizando el actor idéntica prestación laboral que la desarrollada desde el año 2008.

Representaciones y Exclusivas Fonseca S.L. continuó con el mismo género de actividad que Exclusivas Óscar Fonseca S.L., habiendo operado mero cambio de denominación social.

2º.- En comunicación datada el 15 de marzo de 2018 la empresa Representaciones y Exclusivas Fonseca S.L. notifica al actor la extinción de su contrato de trabajo con efectos del 31 siguiente, por causas objetivas.

Dicha decisión empresarial fue notificada al actor el 2 de abril.

3º.- Percibió el actor un salario diario de 56,02 €, con inclusión de todos los conceptos.

4º.- La demandada, que procedió a la extinción de la relación laboral de todos sus trabajadores, se encuentra cerrada, sin desarrollo de actividad alguna, habiéndose dado de baja el 31 de marzo de 2018.

5º.- No ostenta ni ha ostentado cargo sindical o representativo alguno de los trabajadores.

6º.- Presentó papeleta de conciliación ante la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación el 11 de abril de 2018, celebrándose el preceptivo acto conciliatorio el siguiente día 18 con el resultado de intentado sin efecto; tuvo entrada escrito de demanda en este juzgado el 27 de abril de 2018."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda deducida por Jenaro contra Representaciones y Excusivas Fonseca S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, debo declarar y declaro extinguida la relación laboral que vinculaba a las partes a fecha de esta resolución, condenando a la empresa demandada a que abone al actor la cantidad de 21.469,67 € en concepto de indemnización; y sin perjuicio de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial."

En fecha 31 de julio de 2018 se dictó auto cuyo fallo dice:

"Dispongo:

1.- Suplir de oficio la omisión material padecida en el fallo de la sentencia dictada el 30 de julio de 2017 que queda redactado en los siguientes términos:

"Fallo.- Que estimando la demanda deducida por Jenaro contra Representaciones y Exclusivas Fonseca S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de que fue objeto el actor y, con declaración de la extinción de la relación laboral que vinculaba a las partes a fecha de esta resolución, condenar a la empresa demandada a que abone al actor la cantidad de 21.469,67 € en concepto de indemnización y la de 6.722,40 € en concepto de salarios; sin perjuicio de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial".

2.- Incorporar esta resolución al Libro que corresponda y llevar testimonio a los autos."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa) ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 26 de diciembre de 2018, en la que consta el siguiente fallo:

"Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial contra la sentencia del Juzgado de lo Social de Mieres, dictada en los autos seguidos a instancia de Jenaro contra Fogasa y Representaciones y Exclusivas Fonseca, S.L., sobre despido, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada."

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) -y tras ser requerido para que seleccionara una sentencia de contraste entre las varias citadas en su escrito de interposición del recurso- el recurrente propone, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla de 1 de febrero de 2017, (rollo. 570/2016).



CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 16 de diciembre 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 27 de enero de 2021, 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 del Principado de Asturias que desestima su recurso de suplicación y mantiene la indemnización por despido improcedente calculada por la sentencia del Juzgado de instancia hasta la fecha de la misma.

Se debate aquí si el FGS podía ejercitar la opción en favor de la indemnización en el acto del juicio y si, en consecuencia, el importe de aquélla se determinaría hasta la fecha del despido. Se da la circunstancia de que la empresa se hallaba cerrada -y sin actividad- desde la misma fecha de efectos del despido de toda su plantilla (hecho probado cuarto).

2. El recurso de casación para unificación de doctrina que ahora formula el FGS alega contradicción con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla de 1 febrero 2017 (rollo 570/2016) que, también en un supuesto de empresa sin actividad, acepta que el FGS pudiera efectuar la opción y fija la indemnización computando la prestación de servicios hasta la fecha del despido.

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 la posibilidad de que el FGS ejercite anticipadamente la opción que hubiera debido corresponder a la empresa cuando ésta no la lleva a cabo por estar desaparecida.

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).

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 la 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. 56.3 ET -que reconoce 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 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-).

6. 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.

Además, se da la circunstancia de que el citado 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. Ni en la demanda, ni en el acto del juicio se produce petición al respecto por parte del trabajador y, por ello, si esta declaración es posible 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 la sentencia recurrida en el sentido de estimar el recurso de suplicación y revocar en parte la sentencia de instancia en el sentido de que, al declarar extinguida la relación en el momento del despido, el importe de la indemnización se cifra en 20.853,44 € (partiendo de los mismos parámetros de antigüedad, salario diario y fecha de extinción fijados en la instancia y no impugnados).

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 del Principado de Asturias de 26 de diciembre de 2018 (rollo 2612/2018. En consecuencia, casamos y anulamos la misma y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos el recurso de dicha clase formulado por el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Mieres, de 30 de julio de 2018, en los autos nº 303/2018 seguidos a instancia de D. Jenaro contra REPRESENTACIONES Y EXCLUSIVAS FONSECA, S.L., revocándola en parte en el sentido de fijar la indemnización indicada en el fallo en la suma de 20.853,44 €, manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.