



Roj: **STS 1407/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1407**

Id Cendoj: **28079140012019100246**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/04/2019**

Nº de Recurso: **1865/2018**

Nº de Resolución: **294/2019**

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

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJSO 221/2017,**
STSJ CL 951/2018,
STS 1407/2019

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **1865/2018**

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 294/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Angel Blasco Pellicer

D^a. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 4 de abril de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), representado y asistido por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada el 14 de marzo de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, en el recurso de suplicación núm. 74/2018, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Burgos, de fecha 19 de octubre de 2017, recaída en autos núm. 353/2017, seguidos a instancia de D^a. Herminia, frente a Administrador Concursal Landwell-Pricewaterhouse Cooper Tax Legal Services, SL; Segur Ibérica SA; y FOGASA, sobre Despido.

Ha sido parte recurrida D^a. Herminia, representada y asistida por el letrado D. Luis Manuel Isasi Corral.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer.

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 se declararon probados los siguientes hechos:



"PRIMERO.-La demandante, Doña Herminia , comenzó a prestar servicios para la empresa demandada el día 8.3.12, ostentando la categoría profesional de vigilante de seguridad, centro de trabajo en Burgos, jornada a tiempo completo y percibiendo un salario de 1489.76 €/mes, incluida la prorrata de pagas extras.

SEGUNDO.-Dicha prestación tuvo lugar hasta el día 26.4.17, en que la empresa dio por concluida la relación laboral que mantenía con la trabajadora en virtud de comunicación de 2.5.17, que consta como documento 1 de la demanda 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 9.5.17 se presentó papeleta de conciliación ante la UMAC, celebrándose el acto en fecha 26.5.17, con el resultado de sin efecto".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando como estimo la demanda interpuesta por Doña Herminia contra la empresa Segur Ibérica SA y FOGASA, 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 9.158,96 € en concepto de indemnización y 8.620,20 € por salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (26.4.17) 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.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por FOGASA ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, la cual dictó sentencia en fecha 14 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 353/17 seguidos a instancia de D^a Herminia , contra la recurrente, ADMINISTRADOR CONCURSAL LANDWELL-PRICEWATERHOUSE COOPER TAX LEGAL SERVICE S.L. y SEGUR IBÉRICA S.A., en reclamación sobre Despido Disciplinario y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida. Sin costas".

TERCERO.- Por la representación de FOGASA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), en fecha 5 de mayo de 2016 (R. 1306/2015).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado dicho traslado, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de abril de 2019, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora consiste en decidir si el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA) puede ejercitar la opción entre readmisión o indemnización en un supuesto de despido improcedente, cuando la empresa no comparece al acto del juicio y no es posible la readmisión. Todo ello con la finalidad de calcular la indemnización a la fecha del despido y de evitar el pago de los salarios de tramitación.

2.- El FOGASA recurre en casación para la unificación de la doctrina contra la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León -sede de Valladolid- de 14 de marzo de 2018 (R. 74/2018), que desestimó el recurso del citado organismo de garantía por entender que en estos casos, en los que la empresa está desaparecida y no es posible la readmisión (acreditada en el supuesto de autos porque la empresa se encuentra de baja y sin actividad), resulta de aplicación el art. 110.b) LRJS - y no el art. 110.a) de la misma ley como pretendía el recurrente-, que reserva el ejercicio de la opción exclusivamente a la parte demandante, el trabajador, con las consecuencias que en dicho precepto se establecen: extinción del contrato por la sentencia y condena al empresario a abonar al trabajador la indemnización por despido calculada hasta la fecha de la sentencia, así como los salarios de tramitación, esto último conforme a la doctrina de esta Sala



que cita. Consta en el supuesto examinado que el trabajador efectuó la opción en los términos previstos en el artículo 110.b) LRJS .

SEGUNDO.- Para acreditar la contradicción aporta la recurrente, como sentencia de contraste, la de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede de Sevilla- de 5 de mayo de 2016 (R. 1306/2015), que estimó el recurso de suplicación presentado por el FOGASA, revocando la sentencia de instancia por no haber estimado la anticipación de la opción entre la extinción indemnizada y la readmisión en caso de despido improcedente ante la incomparecencia del empresario al acto del juicio y la imposibilidad de la readmisión. Para la sentencia de contraste, de las amplias facultades reconocidas por los apartados 2º y 3º del artículo 23 LRJS al FOGASA se desprende también la opción reclamada y pese a que literalmente no figure reconocida en el artículo 110.1.a) LRJS . Consta que la empresa antes del acto del juicio carecía de trabajadores dados de alta ante la TGSS, habiendo asimismo causado baja como empresario ante la TGSS, y que el empresario adeudaba al trabajador el salario del último periodo trabajado. No consta que el trabajador realizara opción alguna.

TERCERO.- 1.- De la comparación efectuada se desprende que no concurre la contradicción entre las sentencias comparadas a pesar de las similitudes evidentes y una posible velada contradicción doctrinal. Ahora bien, los supuestos de hecho no son homogéneos ni tampoco el alcance de los debates. En efecto, en la sentencia recurrida concurre un dato de indudable transcendencia inexistente en la de contraste y en la que se justifica la argumentación y la decisión adoptada. Así, consta, que, ante el cese de actividad de la empresa demandada y la imposibilidad de la readmisión, en el acto de juicio la opción del art 110. 1 LRJS , a favor de la extinción de la relación laboral la ejercitaron tanto el actor como el FOGASA, solicitando el trabajador la indemnización calculada hasta la fecha de la sentencia y salarios de tramitación, ex art 110.1 b), mientras que el organismo lo limita a la fecha del despido. La Sala de suplicación argumenta sobre las diferencias entre el art 110.1 a) y b) puesto que este último se refiere al ejercicio de la opción por el titular de la misma, normalmente la empresa y que parte de que el titular está presente en el juicio, pero no se tiene en cuenta que haya cese o imposibilidad de readmisión sino solo el anticipo de la opción por el propio titular, pudiendo ser la opción que se anticipa tanto por la readmisión como por la indemnización. Y si bien estima que no le corresponde al FOGASA esta opción, para el hipotético caso que se le reconociera, sería de aplicación el apartado b) que es el específico y se ajusta a las previsiones del caso analizado. Conviene precisar que las afirmaciones efectuadas a mayor abundamiento, como ahora ocurre, no pueden ser tenidas a efectos de la contradicción, según reiterada jurisprudencia. Sin embargo, en la sentencia de contraste no consta que el actor realizara en el acto de juicio la opción del art. 110.1.b) del ET y lo que se cuestiona precisamente es la propia posibilidad del optar por parte del Fogasa, en el ejercicio del art 110.1 a) LRJS con las consecuencias de dicho precepto: que la indemnización se calcule hasta la fecha del despido, y sin que procedan salarios de tramitación.

2.- Además, la cuestión controvertida en la sentencia recurrida ha sido unificada recientemente por la Sala en la 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".

De las antedichas circunstancias que cabe exigir, según la doctrina contenida en la sentencia referida, concurren todas excepto la que determina, para que el FOGASA pueda ejercitar la opción, 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. En efecto, en el supuesto examinado el trabajador ejercitó la opción que le correspondía 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 trabajador -al tratarse de una previsión especial ligada a la concurrencia de unas determinadas circunstancias- es preferente respecto de la genérica opción establecida en el apartado a) de dicho precepto atribuida al que resultare ser titular de la opción.



CUARTO.- Las consideraciones anteriores determinan que, para el supuesto examinado, la buena doctrina se encuentra en la sentencia recurrida, por lo que, oído el Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso por falta de contradicción. Sin costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

- 1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), representado y asistido por el Abogado del Estado.
- 2.- Confirmar la sentencia dictada el 14 de marzo de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, en el recurso de suplicación núm. 74/2018 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Burgos, de fecha 19 de octubre de 2017 , recaída en autos núm. 353/2017, seguidos a instancia de D^a. Herminia , frente a Administrador Concursal Landwell-Pricewaterhouse Cooper Tax Legal Services, SL; Segur Ibérica SA; y FOGASA, sobre Despido.
- 3.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.