



Roj: **STS 1546/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1546**

Id Cendoj: **28079140012019100279**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/04/2019**

Nº de Recurso: **3917/2017**

Nº de Resolución: **303/2019**

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

Ponente: **JESUS GULLON RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 387/2017,**
STS 1546/2019,
SJSO 234/2016

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3917/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 303/2019

Excmos. Sres.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 10 de abril de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el abogado del Estado, en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial, contra la sentencia de 27 de febrero de 2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Las Palmas de Gran Canaria en el recurso de suplicación núm. 1304/2016, formulado frente a la sentencia de 18 de julio de 2016 dictada en autos 330/2016 por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria seguidos a instancia de D^a María Teresa contra D. Onesimo y el Fondo de Garantía Salarial sobre despido y reclamación de cantidad.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de julio de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que estimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D^{ña}. María Teresa contra D. Onesimo Y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre DESPIDO, debo: 1.- Declarar y declaro la improcedencia del despido, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración, y a LA EMPRESA DEMANDADA a que a su opción, readmita



a la demandante en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido debiendo abonar los salarios de tramitación desde el día siguiente al de la fecha de despido, 30.03.2016 y hasta la notificación de la presente sentencia, o bien le indemnice con la cantidad de 304,92 euros; debiendo advertir por último a la empresa demandada que la opción señalada, habrá de efectuarse ante este Juzgado de lo Social en el plazo de los CINCO DÍAS SIGUIENTES a la notificación de la Sentencia, entendiéndose que de no hacerlo así se opta por la readmisión.- 2.- Debo condenar y condeno a las demandadas a estar y pasar por la presente declaración, y a la empresa demandada a que abone a la parte actora la cantidad de TRES MIL CIENTO CUATRO EUROS CON SESENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (3.104,64 euros) por los conceptos de la demanda establecido en el hecho probado cuarto, más los intereses por mora procesal, de conformidad con lo establecido en el fundamento de derecho quinto."

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "**Primero.**- La parte actora, con NIE NUM000 , ha venido prestando servicios para la empresa demandada con antigüedad de 14.01.2016, categoría de peón agrícola y con un salario día bruto y prorrateado de 36,96 euros.- **Segundo.**- Las partes suscribieron contrato de obra y servicio determinado, a tiempo completo, siendo su objeto el de "plantación, cultivo y recogida de calabacín (campaña primer cuatrimestre de 2016).- **Tercero.**- El día 30.03.2016 los trabajadores se quedaron sin ocupación efectiva, al cerrar la empresa demandada.- **Cuarto.**- La parte demandada adeuda a la parte actora la cantidad de 3.104,64 euros en concepto de salario de 14.01.2016 a 30.03.2016; y las vacaciones devengadas y no disfrutadas, a razón de 295,68 euros.- **Quinto.**- La parte actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la condición de representante ligo o sindical de los trabajadores.- **Sexto.**- El preceptivo acto de conciliación ante el SEMAC se celebró el 27.04.2016 concluyendo sin avenencia, habiéndose presentado la papeleta el 13.04.2016."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Las Palmas, dictó sentencia con fecha 27 de febrero de 2017 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el FOGASA contra la Sentencia 000258/2016 de 20 de julio de 2016 dictada pro el Juzgado de lo Social Nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria sobre Despido, la cual confirmamos íntegramente."

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal 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 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Sevilla de fecha 5 de mayo de 2016 , así como la infracción del art. 110.1 b) LJS, en relación con el art. 23.2 y 3 LJS y art. 33 ET .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 23 de marzo de 2018, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 4 de abril de 2019, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debemos resolver en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina el problema relativo a si el Fondo de Garantía Salarial puede llevar a cabo al amparo de lo previsto en el art. 23 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la opción anticipada por la indemnización prevista en el art. 110.1 de la misma norma en caso de despido ocurrido por cierre de la empresa y cese de la actividad.

Se trata de un trabajador que prestaba servicios para la empresa demandada como peón agrícola, en virtud de contrato para obra o servicio determinado consistente en la plantación, cultivo y recogida del calabacín, y que vio concluida esa actividad al quedarse sin ocupación efectiva el 30 de marzo de 2016 por cierre de la referida empresa.

La sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido y condenó a la empresa a que, a su elección, readmitiera al trabajador o le abonase la indemnización de 304,92 euros, más los salarios desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia, rechazando la pretensión del Fondo de que se tuviera por anticipada la opción por la indemnización formulada en el acto de juicio oral, por entender que el art. 110.1 LRJS no permitía legalmente esa posibilidad al organismo demandado.

Recurrida en suplicación esa sentencia por el FOGASA, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas, desestimó el recurso y confirmó la decisión de instancia, por entender que "... la interpretación literal de la norma no permite comprender dentro de las facultades a que se refiere el art.



23.3 LRJS la de optar para el caso de improcedencia del despido. En los términos que emplea el precepto no es una excepción ni un medio de defensa, y tampoco es un hecho obstativo, impeditivo o modificativo de la responsabilidad empresarial. Y en ningún caso ese ejercicio conlleva la desestimación total o parcial de la demanda. Al contrario, sólo cabe en el caso de que ésta se estime. Por lo que el adjetivo "plenas" que precede a las facultades con las que actúa en el proceso, no supone necesariamente la reclamada en este recurso.

Desde un punto sistemático o de interpretación en el contexto normativo, el precepto se ubica en una ley de naturaleza procesal, de modo que cuando la norma habla de plenas facultades de actuación en el proceso como parte, se refiere a las facultades procesales no a derechos sustantivos, aunque los primeros impliquen la existencia de los segundos. Como sostiene la doctrina trascrita puede pedir medidas cautelares, contestar a la demanda oponiendo todo tipo de excepciones y causas que supongan la extinción o modificación de la responsabilidad solicitada, practicar prueba e interponer los recursos establecidos contra las resoluciones que se dicten. Con una salvedad, no puede disponer el objeto del proceso, porque no es titular de la relación jurídico-material que se discute en el juicio. Por tanto, no puede conciliar ni allanarse a la pretensión. Y es que su presencia de naturaleza litisconsorcial en el proceso deriva de su condición de responsable legal subsidiario, por el interés legítimo de carácter público que ostenta en el proceso, en aquellos casos en que la ley impone su llamamiento, pero no por ser parte en la relación laboral de la que deriva el litigio. No siendo titular de derechos y obligaciones en dicha relación difícilmente puede decidir si la misma se extingue o no, en este caso mediante el ejercicio del derecho de opción pretendido.

Por otro lado, reiterar que en la misma Ley Reguladora de esta Jurisdicción Social, el art. 110.1.a) que establece esta posibilidad de anticipar la opción del art. 56 ET, sólo concede la misma al empresario sin que se a posible extender tal derecho al Fondo de Garantía Salarial que carece de tal condición. En este sentido traer a colación la sentencia del TS de 19 de julio de 2016 (recurso 338/2015), que en el caso de opción por el trabajador por la indemnización y extinción del contrato de trabajo de resultar imposible la readmisión, supuesto del art. 110.1. letra b) LRJS, al desarrollar su fundamentación jurídica para estimar que tal opción supone también la condena a los salarios de tramitación hasta la fecha de la sentencia que resuelve la relación laboral, determina que es requisito para admitir dicha opción que sea el trabajador el que así lo solicite. No hay motivo que permita para el caso del supuesto de la letra a) de la misma norma, que se amplíe la titularidad de la opción anticipada concedida al empleador en favor del FOGASA, que es ajeno a la relación de trabajo.

Por último, desde un punto de vista de lógica jurídica lo que no cabe es reconocer al FOGASA el derecho anticipado de opción sólo para el caso de indemnización y no en el de readmisión, pues se ostenta la facultad de optar o no se ostenta. Y de ser así debería reconocerse incluso para el caso de que la empresa no compareciera a los actos de conciliación y juicio, pero solvente y en activo, resultara más favorable a los intereses del Fondo la readmisión que la indemnización (por ejemplo en el caso de un trabajador con una antigüedad importante), lo cual supondría una interferencia ilegítima en una relación sustantiva de la que no es parte el FOGASA, pese a la condición de garante legal para caso de insolvencia empresarial".

SEGUNDO.- Frente a la sentencia que acabamos de transcribir de manera parcial, recurre el FOGASA en casación para la unificación de doctrina, denunciando la infracción del artículo 23 LRJS, en relación con el 110.1 de la misma norma, y proponiendo como sentencia de contradicción la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede de Sevilla, de fecha 5 de mayo de 2016. En ella se resuelve también el mismo supuesto en el que el trabajador fue despedido por la empresa, siendo baja posteriormente en la Seguridad Social y careciendo de empleados; no compareció al juicio oral y la sentencia de instancia declaró la imposibilidad de que el organismo de garantía anticipase el ejercicio de la opción en los términos previstos en el art. 110.1 a) LRJS, extendiendo la condena a la empresa a los salarios correspondientes hasta la fecha de notificación de la sentencia.

Sin embargo, la sentencia de contraste estimó el recurso de suplicación formulado por el FOGASA y admitió que de la interpretación conjunta de los dos preceptos denunciados en su aplicación, el 23 en relación con el 110.1 LRJS, permitía que el Fondo anticipara la opción prevista en el segundo de esos preceptos, de manera que la indemnización quedaría establecida en la fecha del despido y en ningún caso habría salarios de tramitación.

Como puede verse, ante supuestos en los que los hechos, los fundamentos y las pretensiones son sustancialmente iguales, sin embargo las sentencias son contradictorias, pues en la recurrida no se admitió que el Fondo pudiera válidamente anticipar la opción al amparo de lo previsto en el art. 110.1 a) LRJS, y por el contrario, en la de contraste, también en un caso de empresa no comparecida y sin actividad, llegó a la solución contraria, lo que determina que de conformidad con lo previsto en los arts. 119 y 228 LRJS, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo entre a decidir cual sea la doctrina ajustada a derecho a la hora de resolver el problema jurídico ya expresado.



TERCERO.- 1. El Pleno de la Sala, en sentencia de 5 de marzo de 2019 (rcud. 620/2018) ha resuelto el mismo problema que ahora se nos plantea, en el sentido de admitir el discutido ejercicio de la opción por la indemnización al amparo de los arts. 23 y 110.1 LRJS por parte del FOGASA, en caso de empresas desaparecidas, en la forma que decidió la sentencia de contraste en este caso.

En esa sentencia del Pleno se parte de la redacción del artículo 23.3 LRJS , en el que se establece que "El Fondo de Garantía Salarial dispondrá de plenas facultades de actuación en el proceso como parte, pudiendo oponer toda clase de excepciones y medios de defensa, aun los personales del demandado, y cuantos hechos obstativos, impeditivos o modificativos puedan dar lugar a la desestimación total o parcial de la demanda, así como proponer y practicar prueba e interponer toda clase de recursos contra las resoluciones interlocutorias o definitivas que se dicten". La relación de tales facultades legales, en conexión con la especial posición que le proporciona el art 33.1 ET , relativa a su obligación de abonar los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario, le hace ser automáticamente acreedor *ex lege* de los importes legalmente previstos y abonados frente a la empresa y le sitúa en esa posición, y en esa condición de responsable subsidiario puede asumir en el procedimiento el lugar de la empresa en los límites legalmente establecidos cuando ésta no comparece al juicio oral, y más específicamente en el caso previsto en el art. 110.1.a) de la LRJS , en el 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."

2. Desarrollando estas líneas generales, en la referida sentencia del Pleno se afirma que el artículo 23.2 LRJS autoriza al Fondo a instar en el proceso "lo que convenga en Derecho" en los supuestos de empresas incursas en procedimientos concursales, así como de las ya declaradas insolventes o desaparecidas, de lo que se deduce que el ejercicio de las facultades que le otorga además el número 3 del citado precepto le permite ejercitar el derecho anticipado de opción a que se refiere el art. 110.1 a) LRJS con efectos plenos en aquellos casos en los que concurren, simultáneamente, las circunstancias que cita la sentencia del Pleno:

" ... 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. "

CUARTO.- Los referidos requisitos concurren plenamente en el caso que resolvemos, en el que la empresa no compareció a juicio oral y, tal y como se expresa en el hecho probado tercero de la sentencia de instancia, los trabajadores de la empresa quedaron sin ocupación efectiva porque la empresa había cerrado, lo que determina que, habiendo comparecido el Fondo y ejercitada legítimamente la pretensión de anticipar la opción por la indemnización al amparo de lo previsto en el art 110.1 a) LRJS , los salarios hayan de limitarse en los términos previstos en el art. 56 ET , en el que se establece que "*La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo*", lo que implica que debemos estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por el Fondo, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, para casar y anular la sentencia recurrida, resolviendo el debate planteado en suplicación en el punto debatido que se refiere a la responsabilidad del organismo recurrente, que no comprenderá los salarios que se extiendan desde la fecha del cese hasta la de notificación de sentencia, revocándose en consecuencia en este punto la sentencia de instancia .

Sin costas.

FALLO

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

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial, contra la sentencia de fecha 27 de febrero de 2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas en el recurso de suplicación núm. 1304/2016 , formulado frente a la sentencia de fecha 20/07/2016, dictada en autos 330/2016 por el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Las Palmas , seguidos a instancia de Dña. María Teresa contra la empresa de D. Onesimo y Fondo de Garantía Salarial, sobre despido.



2º) Casar y anular la sentencia recurrida, declarando la limitación de la responsabilidad del FOGASA en los salarios devengados por la trabajadora demandante hasta la fecha de su cese efectivo en la empresa, 30 de marzo de 2016.

3º) Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ