



Roj: **STS 3963/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3963**

Id Cendoj: **28079140012016100602**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/07/2016**

Nº de Recurso: **338/2015**

Nº de Resolución: **676/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 8298/2014,**  
**STS 3963/2016**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 19 de julio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial, representado y defendido por el Abogado del Estado, contra la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 28 de noviembre de 2014, en el recurso de suplicación nº 3386/2014, interpuesto frente a la sentencia dictada el 29 de abril de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Orense, en los autos nº 178 y 181/2014, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Bernarda contra dicho recurrente y la empresa ADEGA DO EMILIO, S.L., sobre despido. Ha comparecido en concepto de recurrida D<sup>a</sup> Bernarda, representada y defendida por el Letrado Sr. Guntiñas Fernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 29 de abril de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Orense, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que estimando las demandas acumuladas, interpuestas por D<sup>a</sup> Bernarda, contra la empresa ADEGA DO EMILIO S.L. debo declarar y declaro improcedente el despido de la actora, llevado a cabo por la empresa, y, siendo de imposible cumplimiento la opción por la readmisión, por cese de actividad, debo declarar y declaro resuelta y extinguida la relación laboral en la fecha de la presente resolución, y, en consecuencia condeno a la empresa demandada a abonar a la actora la cantidad de 1714,34€ en concepto de indemnización y la cantidad de 5613,16€ por los conceptos no abonados cantidad esta última que ha de incrementarse en un 10% de interés por mora.»

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- La actora D<sup>a</sup> Bernarda, ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada ADEGA DO EMILIO S.L. desde el 28-9-2012, con la categoría profesional de camarera ayudante y percibiendo un salario mensual de 984,33.-€ incluido el prorrateo de las pagas extras.

2º.- En fecha 16 de Enero de 2014, fue hallado muerto el Administrador Único y gerente de la empresa D. Olegario. Desde dicha fecha permaneció cerrado el centro de trabajo, sin proporcionar al trabajador ocupación efectiva.

3º.- La demandante presentó escrito ante la Inspección de Trabajo el 12-2-2014 solicitando se oficiase a la TGSS para que procediera a la baja no voluntaria. Tras el informe de Inspección de trabajo, la TGSS formalizó de oficio la baja con efectos del 15-1-2014.



4º.- A la actora no se le han abonado los siguientes conceptos:

- Extra Junio 13: 529,34 €
- Extra Diciembre 13: 707,33 €
- Enero 14: 843,71 €
- Febrero 14: 843,71 €
- Marzo 14: 843,71 €
- Abril: 14: 646,84 €
- P.P. Extra Junio 14: 686,52 €
- P.P. Extra Diciembre 14: 258,89 €
- Vacaciones 14 (9 días): 253,11 €

5º.- La actora no ostenta ni ha ostentando la condición de representante legal de los trabajadores.

6º.- En reclamación por despido la actora presentó demanda que fue turnada a este Juzgado el 26-2-2014. En reclamación por rescisión de contrato formuló demanda el 27-2-2014, que fue acumulada a la de despido.

7º.- Se tuvo por intentada sin efecto la conciliación ante la UPMAC» .

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia con fecha 28 de noviembre de 2014 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del Fondo de Garantía Salarial contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Ourense, de 29 de abril de 2014 , en autos acumulados nº 178 y 181/2014, que confirmamos».

**TERCERO .-** Contra la sentencia dictada en suplicación, el Abogado del Estado, en representación del Fondo de Garantía Salarial, mediante escrito de 22 de enero de 2015, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24 de enero de 2014 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 110.1.b) de la LJS, en relación con el art. 33 del ET .

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 14 de septiembre de 2015 se admitió 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.

**QUINTO .-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

**SEXTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 12 de julio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Términos del debate casacional.

En una primera aproximación, se discute si hay salarios de tramitación en los casos de despido improcedente cuando (siendo imposible la readmisión por encontrarse cerrada la empresa) la propia sentencia que califica el despido declara también extinguida la relación laboral.

La complejidad del caso, como se irá viendo, es mayor porque la trabajadora no solo presenta demanda por despido, sino también por resolución de contrato, acumulándose ambas. Además, diversas incidencias de orden procesal requieren atención específica.

#### 1. Hechos relevantes.

Aunque el problema abordado es principalmente de interpretación normativa, resulta tan obligado como ilustrativo repasar los escuetos hechos probados que lo generan:

Cierto establecimiento de hostelería, que gira bajo la razón mercantil de sociedad limitada (" *Adega do Emilio*, S.L. "), contrata el 28 de septiembre de 2012 a una trabajadora.

El 16 de enero de 2014 aparece muerto el administrador único y gerente de la empresa (D Olegario ), permaneciendo desde entonces cerrado el establecimiento.



El 12 de febrero de 2014 la demandante insta a la Inspección de Trabajo que oficie a la TGSS para que proceda su baja no voluntaria.

La TGSS formaliza de oficio dicha baja, con efectos de 15 de enero de 2014.

El 26 de febrero de 2014 la trabajadora presenta demanda de despido y al día siguiente otra reclamando la rescisión de su contrato.

## **2 . La sentencia del Juzgado de lo Social y el recurso de suplicación.**

A) Resolviendo las dos demandas citadas, acumuladas, recae la sentencia 2010/2014, de 29 de abril, del Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense . En el juicio oral no comparece el empleador, pero sí el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa).

Considera acreditado que ha existido un despido tácito, porque el fallecimiento de una persona física no constituye causa extintiva del contrato de trabajo cuando el empleador es una sociedad mercantil. Declara extinguida la relación laboral con el abono de la indemnización que contempla el artículo 110.1.b) LRJS .

Asimismo, entiende que hay salarios adeudados, lo que da como probado (HP Cuarto), por lo que procede condenar a la empresa a que lo haga.

El Fallo estima ambas demandas, constata que es imposible la readmisión y condena al pago de los "conceptos no abonados".

B) Con fecha 13 de junio de 2014, el Fogasa interpone recurso de suplicación.

Pide que no se considere como HP el adeudo de salarios desde que cierra el centro de trabajo hasta que se dicta la sentencia, máxime cuando la propia trabajadora insta su baja voluntaria.

Entiende vulnerados los artículos 26.3 y 56.1 ET y la doctrina de STS 15 marzo 2005 , porque no cabe reconocer salarios de tramitación, tras la Ley 3/2012, sin readmisión.

En suma: interesa que se elimine la condena al abono de salarios posteriores al despido tácito que la propia sentencia admite producido.

## **3.La sentencia recurrida.**

La STSJ Galicia de 28 de noviembre de 2014 (rec. 3386/2014 ) desestima el recurso del FOGASA. A esa conclusión accede a partir de la hermeneusis del artículo 110.1.b) LRJS :

Su interpretación literal no justifica paralizar los salarios de tramitación a la fecha del despido. La ficción de la que parte –opción a favor de la indemnización– tiene unos efectos propios que no son los mismos de la opción a favor de la indemnización según el art. 56 ET , ya que según éste la indemnización se calcula considerando la fecha del despido, no la fecha de la sentencia de improcedencia.

La interpretación sistemática: el orden normativo de referencia no es tanto el vinculado a los efectos sustantivos del despido ex art. 56 ET , como el vinculado a los efectos procesales del despido disciplinario, esto es los arts. 279 y 284 LRJS , que conducen inexorablemente a la condena a los salarios devengados hasta la fecha del auto extintivo de la relación laboral.

La interpretación finalista ratifica las anteriores conclusiones, pues al estar la empresa desaparecida no podría optar por la indemnización aplicándose entonces los arts. 279 y 284 LRJS , que consolidarían dichos salarios.

## **4. Recurso de casación y escritos concordantes.**

A) Con fecha 22 de enero de 2015, el Abogado del Estado presenta recurso de casación para la unificación de doctrina en nombre del Fogasa. Desarrolla un motivo único, basado en la denuncia de preceptos del ET ( arts. 33) y de la LRJS (art. 23.2 y 23.3, 110.1.b) así como de la jurisprudencia.

Entiende que no cabe optar por la readmisión cuando la empresa está cerrada y que si aquella es imposible carece de sentido que se devenguen salarios de tramitación. Denuncia que por esta vía se impone al Fogasa una obligación al margen de la Ley. En consecuencia, interesa que se anulen tanto la sentencia de instancia cuanto la recurrida.

Identifica hasta tres sentencias como contradictorias, analizándolas de manera conjunta. Mediante escrito de 6 de abril, opta por realizar el contraste con la STSJ Galicia 4755/2014 de 23 septiembre (rec. 2029/2014 ), una de las mencionadas en el recurso.

B) El 14 de octubre de 2015 se presenta escrito de impugnación al recurso por parte de la trabajadora, debidamente representada. Cuestiona la contradicción. Advierte que ella instó la extinción por vía del art. 50 ET y que el art. 110.1.b) LRJS es inaplicable porque solo opera cuando el contrato lo extingue la sentencia



a solicitud de la parte demandante; además, descarta que la readmisión sea imposible y rechaza que pueda extinguirse de oficio, sin solicitud de la trabajadora, su contrato.

Respecto del tema de fondo, advierte lo desigual e injustificado que sería privar de los salarios en los casos del artículo 110.1.b) LRJS y que los mismos se abonaran cuando la relación laboral se extingue con posterioridad a la sentencia, ex art. 286.2 LRJS, al ser imposible la readmisión.

C) El Ministerio Fiscal emite su Informe el 19 de diciembre de 2015. Considera que el problema debatido en suplicación ha sido el mismo (si procede abonar salarios de tramitación cuando consta que no es realizable la readmisión) en ambos casos.

Examina los arts. 110.1.b LRJS, 279 y 284 LRJS y llega a la conclusión de que la interpretación correcta es la defendida por la sentencia de contraste, de modo que la regla del art. 56.3 ET debe ceder ante la específica del primero de los preceptos. Propone la estimación del recurso.

## **SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.**

Tanto el recurrente cuanto el Ministerio Fiscal consideran que existe la contradicción entre las sentencias comparadas, puesto que en los dos supuestos se trata de determinar si procede la condena al abono de los salarios de tramitación cuando la sentencia del Juzgado es la que extingue la relación laboral.

Sin embargo, el escrito de impugnación al recurso cuestiona que las sentencias sean contradictorias. Adicionalmente, por tratarse de un presupuesto procesal del recurso, debemos controlar con rigor su concurrencia.

### **1. Sentencia referencial.**

La STSJ Galicia 4755/2014, de 23 de septiembre (rec. 2029/14) aborda también un despido disciplinario acumulado a acción resolutoria por falta de ocupación efectiva.

El Juzgado de lo Social estima ambas demandas, declarando la extinción indemnizada de la relación laboral con condena a la empresa de los salarios de tramitación desde la fecha de efectividad del despido hasta la fecha de notificación de la sentencia.

La sentencia referencial estima el recurso del Fogasa porque cuando se opta por la extinción no hay salarios de tramitación. Rechaza aplicar la doctrina de la STS 25 enero 2007 y expone que hay que estar a la de la STS 15 marzo 2005, dictada al amparo de una redacción normativa (ex RDL 5/2002 de 24 de mayo) similar a la derivada del RDL 3/2012 y de la Ley 3/2012: no hay salarios de tramitación en despido improcedente cuando se opta por indemnización.

Aunque la empresa no haya optado, esa es la solución aplicable pues si en las previsiones del art. 56 ET el abono de los salarios de tramitación se vincula a la readmisión y no a la indemnización, es claro que cuando sólo se dispone el pago de la indemnización no hay base legal alguna para fundamentar la obligación de pago de dichos salarios.

Estima el recurso de suplicación del FOGASA revocando parcialmente la sentencia de instancia en el sentido de dejar sin efecto su pronunciamiento sobre la condena a la empresa al abono de los salarios de tramitación hasta la fecha de la notificación de la sentencia de instancia.

### **2. Requisitos de la contradicción.**

El artículo 219 LRJS 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 delo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV 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), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

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 ).

Puesto que no basta con la existencia de doctrinas opuestas entre las sentencias comparadas por cada motivo del recurso, hemos de examinar si las diferencias entre ambas son relevantes hasta el extremo de impedir la oposición y contraste que este recurso unificador exige.

### 3 . La regulación interpretada.

Puesto que el debate se ha deslizado hacia una cuestión de estricta interpretación normativa, aun antes de que decidamos sobre la concurrencia de la cuestionada contradicción, resulta imprescindible examinar el artículo 110.1.b LRJS para determinar cuáles son sus presupuestos aplicativos y comprobar si respecto de ellos concurren las identidades exigidas por el art. 219.1 LRJS . La redacción aplicable al caso, por razones cronológicas, deriva de la Ley 3/2012 y es la que sigue:

*Si el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización, cuya cuantía se fijará de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 56 de dicha Ley , con las siguientes particularidades:*

[...]

*b) A solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia.*

De este modo, para que se aplique el artículo 110.1.b) es necesario que concurra:

Calificación del despido habido como improcedente.

Que conste la imposibilidad de la readmisión.

Que la persona despedida solicite al juzgador tener hecha la opción por la indemnización.

### 4. Consideraciones particulares.

A) Nótese que la sentencia del Juzgado recaída en este procedimiento considera que ha habido un despido tácito, pero utiliza dos distintos títulos jurídicos y argumentales para basar su condena:

Para los salarios: la constatación de que no se han abonado y de que derivan de la relación laboral; se aplica el interés por mora del artículo 29.3 ET .

Para la indemnización: la terminación del contrato en los términos del artículo 110.1.b) LRJS , que luego se estudiará.

La STSJ ahora recurrida mantiene la condena acordada en instancia, pero desplaza el fundamento de la obligación de abonar salarios. Ya no se basa en la producción de los efectos naturales de la relación laboral (norma sustantiva) sino en los específicamente procesales de la impugnación del despido (norma adjetiva). La solución a que se accede deriva de la interpretación literal, sistemática y finalista del precepto en cuestión.

Por el contrario, en la sentencia de contraste se afronta directamente el devengo de salarios de tramitación cuando se ha demandado por despido y por extinción causal.

En puridad, el debate habido en suplicación (los argumentos y las resistencias de las partes) no es exactamente el mismo en uno y otro caso, aunque sea cierto que las dos resoluciones acuden al mismo precepto y le asignan consecuencias diversas.

B) Uno de los presupuestos para que opere el art. 110.1.b) LRJS viene dado por la imposibilidad de la readmisión (que "constare no ser realizable la readmisión"). Mientras que en el presente caso la sentencia de suplicación (asumiendo un enfoque diverso al del Juzgado) recalca que la muerte del gerente la convierte en evidente, en la sentencia de contraste nada se razona al respecto.

C) Otra de las exigencias para que opere el citado precepto viene dada por la voluntad de la persona despedida ("solicitud de la parte demandante"). Mientras que en la sentencia recurrida no se razona al respecto, en la de contraste se explica que la acción resolutoria ejercitada comporta esa voluntad.



La referencial resuelve la incógnita sobre si la existencia de una demanda por resolución del contrato de trabajo comporta la opción extintiva que presupone el art. 110.1.b) LRJS . Se trata de un debate ausente en el presente caso.

D) Pese a tales diferencias, lo cierto es que en ambos casos se está ante personas despedidas que demandan tanto por ello cuanto por acción resolutoria ( art. 50 ET ).

Las diferencias advertidas, en todo caso, no impiden que concurra la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS . Esta Sala admite la contradicción a fortiori en supuestos en los que no tiene lugar la contradicción en sentido estricto, por diversidad de los hechos, pero la sentencia de comparación ha ido "más allá" que la recurrida, por afirmaciones fácticas de inferior apoyo a la pretensión. En otras palabras, esta situación se produce en aquellos casos en los que, aún no existiendo igualdad propiamente dicha en los hechos, sin embargo el resultado de las dos sentencias es tan patente que se hubiera producido aún en el caso de que los hechos fueran los mismos; en tal sentido puede verse STS 22/2016 de 20 enero (rec. 3106/2014 ) y las allí citadas como las de 19 noviembre 2013 (rec. 1418/2012), o 10 febrero 2015 (rec. 1764/2014).

Es lo que ocurre en el presente caos: las diferencias reseñadas no impiden la contradicción puesto que la referencial es más amplia en sus planteamientos y habría mantenido la misma solución aunque concurriese las circunstancias específicas de nuestro caso.

E) De este modo, coincidiendo con el Ministerio Fiscal, consideramos concurrente este presupuesto procesal. En los dos asuntos la sentencia de instancia estima la demanda por despido, lo califica como improcedente y declara la extinción de la relación laboral ante la imposibilidad de readmisión.

En los dos supuestos fue llamado el Fogasa al pleito y recurrió en suplicación la condena a los salarios desde el día del despido hasta el de la sentencia.

La resolución de contraste afirma que no procede la condena a salarios de tramitación en los casos de despido improcedente cuando, ante la imposibilidad de readmisión por encontrarse cerrada la empresa, en la misma sentencia que estima el despido se declara también la extinción de la relación laboral. Sin embargo, la sentencia recurrida alcanza solución contraria.

#### **5. Existencia de la contradicción.**

A la vista de cuanto antecede, puede entenderse que las sentencias son contradictorias en el punto que ahora interesa. Ante la estimación de las demandas por despido improcedente acordada por el Juzgado:

La recurrida condena en la misma resolución a la empresa al abono de los salarios de tramitación al constar como no realizable la readmisión.

La de contraste le exime del abono de tales salarios, siendo objeto de debate en suplicación precisamente si deben abonarse.

#### **TERCERO.- Condicionantes de nuestra sentencia.**

A) Por cuanto más adelante se comprenderá, debemos recordar que las alternativas de las sentencias contrastadas no agotan las posibilidades que esta Sala posee en orden a la resolución del caso.

B) Es cierto que la Sala ha de limitarse a examinar las infracciones legales denunciadas, siendo imposible extender la decisión a la eventual corrección de infracciones no invocadas, al tratarse de un recurso extraordinario ( SSTS 03/06/94 -rcud 1881/93 -; [...] 17/12/07 -rcud 4661/06 -; y 23/12/08 -rcud 3199/07 -). Este Tribunal «no puede [...] de oficio sustituir al recurrente en la fundamentación de las causas de impugnación de la sentencia recurrida» ( SSTS 29/09/03 -rcud 4775/02 -; 16/01/06 -rcud 670/05 -; y 07/07/06 -rcud 1077/05 -).

Pero cuando no coincidamos exactamente con la tesis mantenida en las sentencias contrastadas, es posible que apliquemos la doctrina correcta, pues «superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas», sino que «debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada». Así se dice, por ejemplo, en SSTS 14 julio 1992 (rec. 2273/1991 ), 11 febrero 2014 (rec. 323/2013 ) o 23 junio 2014 (rec. 1257/2013 , Pleno).

C) Esta interpretación del papel que nos corresponde al resolver el recurso de casación unificadora ha sido considerada correcta por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina. «Resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores», siempre que resuelva «el debate planteado en suplicación» ( STC 172/1994, de 7/Junio , FJ 3).



D) Advertido lo que antecede, la resolución de la controversia solo es posible si antes de afrontarla traemos a colación, de manera breve, dos reflexiones sobre el tenor del precepto aplicable (Fundamento Tercero) y la aludida acumulación de acciones (Fundamento Cuarto).

#### **CUARTO.- Los salarios "de tramitación" por readmisión imposible.**

Abordemos la cuestión de los salarios de tramitación cuando opera el artículo 110.1.b) LRJS . La sentencia de contraste ha entendido que la norma obliga a su abono por exigencias interpretativas de su literalidad, finalidad y contexto. En el Fundamento Segundo hemos recordado el tenor literal de la norma que se erige en centro del debate, y que conviene examinar con suma atención.

##### **1. Interpretación autónoma.**

A) En su redacción actual, por exclusiva referencia a cuanto ahora interesa, el artículo 110.1 LRJS establece una consecuencia alternativa para el despido improcedente:

O readmisión con abono de los salarios de tramitación.

O indemnización en los términos del art. 56.1 ET .

B) A su vez, el remitido artículo 56.1 ET fija esa indemnización en treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

Jurisprudencia reiteradísima viene entendiendo que el despido constituye un acto extintivo y es hasta esa fecha a donde debe llevarse el término final de la prestación de servicios que modula la indemnización.

C) El artículo 110.1 LRJS sigue prescribiendo que ese monto indemnizatorio se matiza por las "peculiaridades" que enumera en sus tres apartados. De ellas solo interesa la incorporada a la apertura "b)". En ella se contempla la posibilidad de que se condene al empresario que ha despedido de modo improcedente al abono de la indemnización "calculada hasta la fecha de la sentencia". Nada se dice respecto del abono de salarios de tramitación en este caso.

D) Respecto de la indemnización, lo que aparece en la norma es una regla general (remitiéndola al ET) y otra especial (precisando el día final del periodo de servicios tomado en cuenta). La segunda solo opera si concurren los requisitos ya examinados (solicitud del despido, imposibilidad de la readmisión). La LRJS prescinde de apuntar las diferencias, ventajas o inconvenientes, de las dos posibilidades indemnizatorias. Lo evidente es que respecto de ambas silencia la condena al abono de los salarios de tramitación.

Frente a la indemnización calculada tomando como fecha final la del cese efectivo en el trabajo, la regla especial que el inciso en estudio ofrece aparece más ventajosa desde esa perspectiva: permite que la sentencia sea el título ejecutivo para cobrar la indemnización (sin necesidad de trámites ulteriores) y lleva el término final del periodo considerado hasta la fecha de la propia resolución judicial.

Los tiempos y las consecuencias, por tanto, son diversos según se active o no la hipótesis del art. 110.1.b) LRJS . Por ello, constituye buena práctica forense, pero no exigencia legal, que el Juzgador advierta a la persona despedida sobre las consecuencias concretas de su opción.

E) Para aquilatar el alcance del precepto también interesa recordar sus antecedentes. En la versión originaria de la LRJS el apartado c) del art. 110.1 decía así:

*A solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia, y los salarios de tramitación, cuando procedan, hasta dicha fecha .*

Si ha desaparecido una previsión que venía estando incorporada al texto legal modificado, es lógico pensar que ello posea alguna consecuencia.

F) No es necesario recordar la muy diversa redacción que el ET tenía a fines de 2011 y la que posee en el momento del despido enjuiciado (tras la Ley 3/2012). Basta con poner de relieve que antes se aludía a los salarios de tramitación en casos de abono de indemnización.

Actualmente el art. 56.1 ET contempla las consecuencias generales del despido improcedente y el 56.2 las específicas de cuando "se opte por la readmisión", cabiendo solo en este segundo caso los salarios de tramitación. Por lo tanto, que la norma procesal ( art. 110.1.b LRJS ) no imponga abono de salarios de tramitación cuando se opta por la indemnización es coherente.



G) La interpretación finalista tampoco abona la existencia de salarios de tramitación, pese a lo que sostiene la sentencia impugnada. La regulación del despido improcedente aplicable al caso es la dimanante de la Ley 3/2012 y de ella se desprende el claro deseo de minimizar el coste de esa singular denominación; la exposición de motivos lo explicita así:

*En el caso de aquellos despidos improcedentes en los que el empresario opte por la indemnización, no es necesario el abono de los salarios de tramitación, lo cual se justifica en que el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, máxime teniendo en cuenta que el trabajador puede acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva. Por otra parte, los salarios de tramitación actúan, en ocasiones, como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días.*

## **2. Interpretación sistemática y lógica.**

A) Los argumentos antes expuestos conducen a la conclusión de que, por sí solo, el art. 110.1.b) no comporta condena al abono de los salarios de tramitación. Ahora bien, si no se activase la solicitud en él prevista y se prosiguiese con la normal ejecución de la sentencia de despido improcedente, al constatarse posteriormente que la readmisión es imposible el Juzgado debería dictar auto dando por extinguido el contrato y condenando (entonces sí) al abono de los salarios de tramitación, además de la indemnización tomando como periodo de prestación de servicios el transcurrido hasta la fecha del auto judicial ( art. 286.1 LRJS ).

B) Recordemos también que el artículo 56.3 ET dispone que "en el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera". Y en el caso que contemplamos es evidente que no hay manifestación de voluntad empresarial. Eso conduciría a que se tuviera que aplicar el régimen de la readmisión imposible de ejecutar y a que operasen las consecuencias del art. 286.1 LRJS y preceptos concordantes.

C) La comparación entre las consecuencias del art. 110.1.b), aisladamente interpretado, y las de los preceptos sobre ejecución de sentencia en que no se haya activado esa solicitud conduce a un resultado incoherente. La conclusión es abiertamente insatisfactoria y disfuncional, pues parecería que se incentiva la prolongación del procedimiento: si el trabajador permanece pasivo (aunque conozca las circunstancias de la empresa) hace aumentar el tiempo tomado en cuenta para calcular indemnización y el monto de los salarios devengados.

No tiene sentido lógico la eliminación de salarios de tramitación para mantenerlos en la misma hipótesis pero replanteada en un hito procesal posterior. De ahí que deba buscarse el modo de armonizar los dos bloques normativos.

D) En la sentencia dictada para resolver el recurso 879/2015 , deliberado en esta misma fecha, quedan expuestas las razones que conducen a trasladar al caso de referencia los efectos previstos para la imposibilidad de readmisión. Sin perjuicio de ello, lo que sucede es que para la resolución del presente caso ha de seguirse un camino argumental diverso.

## **3. Recapitulación.**

Del artículo 110.1 LRJS no deriva la obligación de abonar salarios de tramitación cuando el despido improcedente es indemnizado. Pero cosa distinta es que, como el escrito de impugnación al recurso apunta, podamos llegar a la conclusión de que sí procede su pago a partir de la aplicación analógica de lo previsto en otros preceptos sobre opción tácita de la empresa por la readmisión ( art. 56.3 ET ) y ejecución de sentencia por despido improcedente cuando no se produce la readmisión ( arts. 286 LRJS ).

Lo que sucede es que tales argumentos, que poseen una innegable lógica, no son útiles para la resolución del presente caso. Para entender esto último y abordar la solución del caso, recordemos la acumulación de acciones acordada por el Juzgado y veamos su repercusión.

### **QUINTO.- Acumulación de acciones por despido y resolución contractual.**

A) La concurrencia de demandas por despido y extinción causal no puede ignorarse a la hora de establecer las consecuencias de ambas figuras. Así, la ya lejana STS 18 febrero 2003 (rec. 597/2002 ) tuvo que precisar que si el contrato se extingue al amparo del art. 50 ET los salarios de trámite derivados del despido solo llegan hasta la fecha de la sentencia que acordó tal extinción a instancia del trabajador.

Para solventar los problemas de tal coordinación frecuentemente se optaba por acumular las dos demandas. Una copiosa doctrina de esta Sala Cuarta vino gobernando las consecuencias procesales y sustantivas, no siempre fáciles, de ello.



B) Acogiendo criterios jurisprudenciales previos, el artículo 32.1 de la Ley 36/2011 (LRJS) disciplina ahora la acumulación de pretensiones que en ambos casos se ha producido (despido, resolución causal):

*Cuando el trabajador formule por separado demandas por alguna de las causas previstas en el artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y por despido, la demanda que se promueva posteriormente se acumulará a la primera de oficio o a petición de cualquiera de las partes, debiendo debatirse todas las cuestiones planteadas en un solo juicio. A estos efectos, el trabajador deberá hacer constar en la segunda demanda la pendencia del primer proceso y el juzgado que conoce del asunto.*

*En este supuesto, cuando las acciones ejercitadas están fundadas en las mismas causas o en una misma situación de conflicto, la sentencia deberá analizar conjuntamente ambas acciones y las conductas subyacentes, dando respuesta en primer lugar a la acción que considere que está en la base de la situación de conflicto y resolviendo después la segunda, con los pronunciamientos indemnizatorios que procedan. Si las causas de una u otra acción son independientes, la sentencia debe dar prioridad al análisis y resolución de la acción que haya nacido antes, atendido el hecho constitutivo de la misma, si bien su estimación no impedirá el examen, y decisión en su caso, de la otra acción.*

C) En el presente caso los hechos motivadores de la extinción causal derivan del propio despido, tal y como entiende la sentencia del Juzgado de lo Social. Si se considera que ello equivale al supuesto legal de que las acciones ejercitadas por la trabajadora derivan de una misma situación de conflicto lo que ordena la Ley es que primero se responda a la acción que está en la base de la situación de conflicto y luego a la segunda, decidiendo "con los pronunciamientos indemnizatorios que procedan".

De ahí es claro que no puede derivar una u otra concreta solución respecto del tema de los salarios reclamados, que es el ahora debatido.

D) Queda por realizar una última precisión. El art. 110.1.b LRJS alude a una "solicitud de la parte demandante" en el seno de un procedimiento por despido y le asigna unos efectos concretos.

Lo que no aparece en el precepto, ni en cualquier otro, es la previsión de que una acción resolutoria (acumulada, o no) posee los mismos efectos que la "solicitud" realizada en el procedimiento de despido.

Ambas manifestaciones de voluntad (acción resolutoria, opción por la indemnización) persiguen el mismo fin (que el Juzgado de por terminado el contrato), pero muestran diferencias relevantes:

Sus presupuestos cambian: en un caso se decide a partir de conductas empresariales incumplidoras, en el otro a partir de la imposibilidad de la readmisión.

El momento de emisión es diferente: en un caso aparece vinculado a la presentación de la demanda, en el otro a un instante indeterminado pero que puede llegar hasta el juicio oral.

Su dinámica reguladora es diversa: en un caso se trata de constatar la entidad de los incumplimientos, en el otro la imposibilidad de la readmisión.

La posibilidad de transacción o desistimiento en el caso de la acción resolutoria nada tiene que ver con el régimen propio de la opción indemnizatoria.

Nada tienen que ver los extremos que debe acreditarse ante el Juzgado (incumplimiento empresarial, imposibilidad de readmisión) para que se atienda a lo pedido.

Las consecuencias son heterogéneas (las del art. 110.1.b; las del art. 50.2 ET).

Dicho abiertamente: la paralela tramitación de una demanda por extinción de contrato, aunque se acumule, no puede equipararse a la "solicitud" del repetidamente citado art. 110.1.b) LRJS.

#### **SEXTO.- Resolución.**

A) Reiteremos la primera conclusión de lo ya expuesto: del artículo 110.1.b) LRJS no deriva directamente obligación alguna de abonar "salarios de tramitación". Esa conclusión solo es posible mediante una interpretación analógica y sistemática de las previsiones contenidas en los preceptos sobre ejecución de sentencias de despido, entendiendo que se está realizando una especie de adelanto de ella cuando se decide conforme al precepto en cuestión.

B) Una segunda conclusión viene dada por la imposibilidad de equiparar la existencia de una acción resolutoria, acumulada a la de despido, con la "solicitud" que activa la opción indemnizatoria del art. 110.1.b).

C) El tercer corolario de lo razonado es que las dos sentencias contrastadas aplican el art. 110.1.b) LRJS sin concurrir los presupuestos legales, tal y como la impugnación de la trabajadora denuncia.



D) El artículo 228.2 LRJS prescribe que si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina.

Ahora bien, en el presente caso carece de sentido estimar el recurso del Fogasa para acabar decidiendo en contra de su petición principal. Porque el resultado de lo expuesto es que la empresa demandada sí venía obligada al abono de los salarios que el fallo del Juzgado identifica, pero por razones diversas a las acogidas en la sentencia de suplicación.

E) En consecuencia, aunque hubiese prosperase el recurso por cuanto respecta al despido, quedaría incuestionado el fundamento de los salarios debatidos como derivados de un contrato cuya resolución se ha instado y ha prosperado, sin perjuicio de que mientras haya habido falta de ocupación efectiva.

En la línea recién apuntada, nótese que la sentencia del Juzgado no deriva la condena a salarios del art. 110.1.b) LRJS, que sería inaplicable al presente caso por no constar la "solicitud" de la trabajadora, sino de los efectos propios del contrato de trabajo.

Por tanto, que se confirme la sentencia de suplicación y, con ella, el fallo de instancia, en la parte referida a los salarios adeudados tras el fallecimiento del gerente de la empresa no significa que contrariemos la jurisprudencia sobre requisitos de la conducta empresarial denegatoria de la ocupación efectiva, efectos constitutivos de un despido tácito, imposibilidad de que los mismos hechos propicien la activación paralela de dos causas de extinción del contrato de trabajo, consecuencias de que sea imposible llevar a cabo una de las dos opciones en que desemboca el despido improcedente. Todas estas cuestiones han quedado al margen de la aquí resuelta.

F) Respecto del alcance de la indemnización, ninguna protesta se realiza por parte del recurso de suplicación, de modo que también ha de quedar firme ese pronunciamiento de la sentencia de instancia.

G) En definitiva, hemos de desestimar el recurso interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial y confirmar la sentencia recurrida, pese a las expuestas reservas sobre su corrección argumental.

## FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), representado y defendido por el Abogado del Estado. 2º) Confirmar la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 28 de noviembre de 2014, resolutoria del recurso de suplicación nº 3386/2014 interpuesto por el Fogasa frente a la sentencia dictada el 29 de abril de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Orense, en los autos nº 178 y 181/2014, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Bernarda frente a dicho recurrente y *Adega do Emilio, S.L.*, sobre despido, con las precisiones sobre su fundamentación jurídica contenidas en la presente sentencia. 3º) Imponer al Fondo de Garantía Salarial las costas derivadas de su recurso.

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

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.